Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

(Zurückbehaltungsrecht)

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuche des Deutschen Reiches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock,

vorgelegt

von

H. Petersen,
Referendar.

DOBERAN.
Druck von Herm. Rehse & Co.
1900.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

(Zurückbehaltungsrecht)

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuche des Deutschen Reiches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock,

vorgelegt

von

H. Petersen,
Referendar.

DOBERAN.
Druck von Herm. Rehse & Co.
1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0021

Disposition.

Einleitung (§ 1).

A. Rechtliche Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

I. Einrede oder Leugnen des Klageanspruchs (§ 2).
II. Folgesätze (§ 3).

B. Anwendungsgebiet der Einrede.

I. Wann ist ein Vertrag nicht erfüllt? (§ 4.)
   1. Teilweise Leistung (§ 5).
   2. Leistung von etwas Anderem als dem Geschuldeten (§ 6).
   3. Mangelhafte Leistung (§ 7).
   4. Gemeinsames (§ 8).
II. Zulässigkeit der Einrede bei Vorleistungspflicht (§ 9).
III. Erweiterung des Anwendungsgebiets (§ 10).

C. Verteilung der Beweislast.

I. Regelmässige Verteilung (§ 11).
II. Umkehrung der Beweislast (§ 12).
III. Giebt es eine besondere Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages (§ 13).

D. Wirkung und Eigenschaften der Einrede.

I. Wirkung bei Verträgen auf Leistung Zug um Zug (§ 14).
II. Wirkung bei Vorleistungspflicht (§ 15).
III. Einfluss der Unmöglichkeit (§ 16).
IV. Einzelnes.
   1. Keine peremptorische Wirkung (§ 17).
   2. Wirkung bei Verträgen zu Gunsten Dritter (§ 18).
   3. Kann die Einrede verjähren? (§ 19).
   4. Einfluss der Einrede auf die Verjährung (§ 20).
   5. Prozessuale Folgen (§ 21).

E. Die Zurückbehaltungseinrede und ihr Verhältnis zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

I. Zulässigkeit der Zurückbehaltungseinrede (§ 22).
II. Unterschiede der beiden Einreden (§ 23).
III. Verhältnis der beiden Einreden zu einander (§ 24).

Litteratur.

1. André, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.
2. Baron, Pandekten, 3. Auflage.
3. v. Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und Gemeines Recht.
4. Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch.
5. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
6. Dernburg, Pandekten, 3. Auflage (zitiert Dernburg).
7. Dernburg, das bürgerliche Recht, 2. Auflage (zitiert Dernburg, Bürgerliches Recht).
8. Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches, 3. u. 4. Auflage.
9. Engelmann, das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands.
10. Haidlen, bürgerliches Gesetzbuch.
11. Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
12. Heiliger, die Tragung der Gefahr bei gegenseitigen Verträgen. Diss. 99.
13. Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte.
14. Heller, noch etwas über die Exceptiones non impleti und non rite adimpleti contractus (Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Band IV).
15. Keutner, die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge, Diss. 99.
16. Kuhlenbeck, das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich.
17. Landé, das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich.
18. Leske, vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches und des preussischen allgemeinen Landrechts.
19. Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Auflage.
20. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.
21. Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches.
22. Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche, Verlag von Carl Heymann, Berlin).
23. Ostermeyer, Blätter aus dem bürgerlichen Gesetzbuch.
24. Otto, das Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuchs (Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Band VIII).
25. Planck, bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2. Auflage.
26. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs.
27. Regelsberger, zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und von dem Einfluss der teilweisen Unmöglichkeit

der Erfüllung auf das Vertragsverhältnis (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts).
28. Ryck, die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht.
29. Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich (die Gesetzgebung des deutschen Reiches mit Erläuterungen, Verlag von Palm und Enke, Erlangen).
30. Schlegel, die Zurücknahme einer Kreditzusage wegen Gefährdung des Gegenanspruchs, Diss. 98.
31. Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.
32. Schreier, die Lehre des bürgerlichen Gesetzbuches von den gegenseitigen Verträgen und ihre Anwendung auf Kauf und Miete, Diss. 98.
33. Seuffert, Kommentar zur Civilprozessordnung, 7. Auflage.
34. Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren (das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen, Verlag von J. Guttentag, Berlin).
35. Stintzing, Nondum est ex empto actio.
36. Türk, der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners beim Vertragsschlusse nach dem B. G. B. (Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 43).
37. Weyl, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch.
38. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Auflage.

§ 1.

Einleitung.

Das gemeine Recht und ihm folgend das bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet in der Lehre von den Verträgen als besondere Klasse die gegenseitigen Verträge, das heisst diejenigen, bei welchen jeder Vertragschliessende mit dem Abschlusse des Vertrages zugleich Gläubiger und Schuldner wird.

Zur Geltendmachung der beiden, durch die Perfektion des gegenseitigen Vertrags begründeten Obligationen werden den Parteien von der Rechtsordnung eine Reihe von Mitteln gewährt, von welchen an dieser Stelle nur dasjenige interessiert, mit dem eine Partei ihr Recht unter Berufung auf die Wechselbeziehung zwischen den beiden Obligationen gegenüber der Leistungsklage ihres Gegners zur Geltung bringt, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Mit diesen Worten sind die beiden wichtigsten Streitfragen, die für das gemeine Recht in dieser Lehre bestehen, gestreift worden. In wiefern bedarf es einer Geltendmachung der Beziehungen der beiden Obligationen zu einander, und zweitens, welches Verhältnis besteht zwischen denselben, mit andern Worten, welches ist die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge?

Man streitet über den Grad der Unabhängigkeit der beiden Obligationen von einander. Es sind dar-

über eine Reihe von Ansichten aufgestellt worden,[1]) von denen die beiden wichtigsten, und noch heute in der Litteratur vertretenen die folgenden sind:

1. Die Obligationen sind zwar selbstständig, aber dem Beklagten ist das Gegenrecht gewährt, Berücksichtigung seiner Gegenforderung zu erzwingen, weil der Kläger mit seiner Forderung, ohne selbst erfüllt zu haben, oder Erfüllung gleichzeitig anzubieten, gegen die Absicht des Vertrages verstosse.[2])

2. Die an sich selbstständigen Obligationen sind derart bedingt, dass jeder Kontrahent nur ein Recht auf Austausch der gegenseitig versprochenen Leistungen hat.[3])

Der Streit wird also im wesentlichen geführt über die Frage, ob jede Partei von vornherein klagen muss auf Leistung gegen Gegenleistung, oder ob sie abwarten kann, ob der Beklagte etwa sein Gegenrecht geltend macht. Das Mittel, mit welchem der Beklagte nach letzterer Ansicht sein entgegenstehendes Recht zur Geltung bringt, und der Grund, weswegen nach ersterer Ansicht der Kläger, wenn er nicht Klage gleich auf Leistung gegen Gegenleistung erhebt, oder seinerseits geschehene Vorleistung nachweist, mit seiner Klage, sofern nur feststeht, dass sein Anspruch sich auf einen gegenseitigen Vertrag gründet, abgewiesen werden muss, ist die sogenannte exceptio non adimpleti contractus. Um deren rechtliche Natur dreht sich also der Streit, und die Lösung der Frage nach derselben entscheidet zugleich auch den Streit über die Natur der gegenseitigen Verträge.

---

[1]) Windscheid, 7. Aufl., Bd. II, S. 204—210, § 321, Anm. 2 und 16; Dernburg, 3. Aufl., Bd. II, S. 55 ff, § 20; Andrè, S. 24; Ryck, Bd. II, S. 301 ff. Eine eingehende Gegenüberstellung findet sich bei Keutner, Seite 8 ff.

[2]) Insbesondere Windscheid und Ryck. Letzterer spricht hier von Gegenseitigkeitstheorie.

[3]) Keller, S. 366.

1. Windscheid und die übrigen Anhänger der von ihm vertretenen Ansicht sehen die exceptio non adimpleti contractus als eine echte aufschiebende Einrede, als ein dem an sich verpflichteten Beklagten aus Billigkeitsrücksichten gewährtes Gegenrecht an. Der Beklagte hat es in der Hand, Berücksichtigung seiner Gegenforderung zu erzwingen, unterlässt er das Vorbringen der Einrede, so muss er verurteilt werden, mag auch aus dem Klagevortrage hervorgehen, dass dem Beklagten eine Gegenforderung zusteht, für welche er noch nicht befriedigt ist, denn der Richter darf den Thatbestand einer echten Einrede, da sie verzichtbar ist, nicht von Amtswegen, sondern nur auf geschehenes Vorbringen seitens des Beklagten berücksichtigen.

Was der Beklagte durch sein Vorschützen der Einrede erreicht, ob Abweisung der Klage, ob Verurteilung zur Leistung Zug um Zug auf eventuellen Antrag des Klägers, darüber gehen die Meinungen der Vertreter dieser Ansicht auseinander.[4]) Indes ist die Beantwortung dieser, die Wirkung der Einrede betreffenden Frage[5]) von keiner Bedeutung für die Entscheidung des hier behandelten Streits über die rechtliche Natur derselben.

2. Nach der Keller'schen Ansicht führt die exceptio ihren Namen zu Unrecht, es liegt überhaupt keine echte Einrede vor, sondern eine negative Litiskontestation. Der Beklagte ist nur zur Leistung gegen Gegenleistung verpflichtet und sein, exceptio non adimpleti contractus genanntes, Vorbringen gegen die einfache Leistungsklage ist nichts als ein Leugnen, dass der Kläger einen so gearteten Anspruch an ihn habe. Darnach würde es, falls aus der Klage schon hervorgeht, dass aus einem gegenseitigen Vertrage

[4]) Dernburg, 3. Aufl., Bd. II, S. 59, § 21; Andrè, S. 129 ff.
[5]) Unten § 14.

geklagt wird, der Kläger aber nicht zugleich entweder behauptet, er habe bereits erfüllt, oder seinen Klageantrag richtet auf Leistung gegen Gegenleistung, dieser exceptio des Beklagten gar nicht bedürfen; der Richter müsste diesen Mangel von Amtswegen berücksichtigen und die Klage abweisen.

Als herrschende Ansicht, in der Theorie, wie in der Praxis kann man zweifellos die Windscheid'sche bezeichnen,[6]) wenn sich auch nicht wohl mit Recht sagen lässt,[7]) dass der Streit im Ersterben begriffen sei, hat die herrschende Ansicht doch noch in neuester Zeit Gegner gefunden.[8])

Auf sonstige streitfähige und streitige Fragen aus der Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, insbesondere auf die Fragen nach der Beweislast, dem Grunde für die besonders geartete Verteilung derselben, dem Wesen und den Wirkungen der Einrede, sowie auf die Frage, ob es eine, von der vorgenannten zu trennende Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages giebt, soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Es werden die betreffenden gemeinrechtlichen Streitfragen, soweit sie für das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches noch interessieren, im Zusammenhange mit den Bestimmungen des neuen Rechts behandelt werden.

Dagegen glaubte ich von einer Darlegung des augenblicklichen Standes der oben behandelten wichtigsten Streitfrage wenngleich in der aus Rücksicht auf die Länge der Arbeit gewählten, äusserst knappen Form und unter Verzicht auf die Erörterung der für und wider die verschiedenen Ansichten vorgebrachten Gründe schon deshalb nicht absehen zu dürfen, weil die Frage nach der rechtlichen Natur der Einrede des

---

[6]) André, S. 27; Stintzing, S. 21; Motive, Bd. II, S. 204.

[7]) So André, S. 28.

[8]) Baron, 3. Aufl., S. 334, § 215; Stintzing, S. 35 u. 50.

nicht erfüllten Vertrages naturgemäss von jeher die Grundlage der ganzen Lehre gebildet hat. Ausserdem aber erschien eine kurze Gegenüberstellung der Resultate, zu welchen die Anhänger der sich bekämpfenden Meinungen kommen, zur Vorbereitung der Erörterung über die rechtliche Natur dieser Einrede nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches unbedingt erforderlich. Auch für das neue Recht ist dieser Punkt streitig, die Frage ist auch hier, liegt eine echte Einrede vor oder nur ein Leugnen des Klageanspruchs. Die Frage ist also die gleiche, die Antwort aber ist hier aus Wort und Sinn des Gesetzes zu entnehmen.

A. Rechtliche Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

§ 2.

I. Einrede oder Leugnen des Klageanspruchs.

Der § 320 des bürgerlichen Gesetzbuches giebt dem aus einem gegenseitigen Vertrage Verpflichteten für den Regelfall das Recht, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Macht er dies Recht im Prozesse als Beklagter geltend, dem eigentlich praktischen Falle, so hat es nach § 322 nur die Wirkung, dass er zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt wird.

Diese Bestimmungen enthalten die Antwort auf die Frage, ob eine wechselseitige Abhängigkeit der beiden Obligationen aus einem gegenseitigen Vertrage von einander besteht, wie gross diese Abhängigkeit ist, und wie sie geltend gemacht wird, mit anderen Worten, diese Bestimmungen dienen dem gleichen Zwecke, wie die exceptio non adimpleti contractus im gemeinen Recht.

Das Gesetz vermeidet in den genannten Paragraphen die Bezeichnung „Einrede des nicht erfüllten Vertrages", dieselbe findet sich überhaupt nur an einer Stelle des bürgerlichen Gesetzbuches, im § 202, Abs. 2, wo dieser Einrede die Fähigkeit, eine laufende Verjährung des ihr gegenüberstehenden Anspruches zu hemmen, abgesprochen wird.[1])

[1]) Unten § 20.

Aber abgesehen davon, dass die §§ 320, 322 ihrem Inhalte nach zweifellos die gleiche Zweckbestimmung haben, wie die genannte gemeinrechtliche Vorschrift, wird in den Motiven zu den im § 320 des Gesetzes aufgegangenen §§ 362, 364 des I. Entwurfs noch ausdrücklich ausgesprochen, dass unter dem Rechte, die Erfüllung zu verweigern, die exceptio non impleti contractus zu verstehen sei.[2])

Die Frage nach der rechtlichen Natur dieser Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Sinne des neuen Rechts wird bereits verschieden beantwortet.

Während die Mehrzahl der zum bürgerlichen Gesetzbuch erschienenen Kommentare und Lehrbücher sowie der Abhandlungen über das Recht der Schuldverhältnisse dieselbe als eine echte Einrede ansehen, deren Geltendmachung in das Belieben des Beklagten gestellt ist,[3]) hat doch auch die Gegenansicht, dass nur eine sogenannte Einrede, in Wahrheit aber ein Leugnen des Klageanspruchs, eine negative Litiskontestation vorliege, schon Vertreter gefunden.[4]) Eine kurze Begründung der letzteren Auffassung findet sich nur bei Heilfron. Er geht davon aus, dass der Kläger zu beweisen habe, dass seine Klage schlüssig sei. Stehe fest, dass sein Anspruch einem gegenseitigen Vertrage entspringe, so folge aus dem Begriffe des letzteren, dass er, abgesehen von etwaiger Vorleistungspflicht, nur Leistung gegen Gegenleistung beanspruchen

[2]) Motive, Bd. II, S. 200—202.

[3]) v. Buchka, S. 68; Cosack, Bd. I, S. 300, § 86; Dernburg, bürgerl. Recht, 2. Aufl. II, S. 203; Endemann, 4. Aufl., Bd. I, S. 533, § 124, Anm. 4; Keutner, S. 34; Kuhlenbeck, Bd. I, S. 221, § 320, Anm. 1; Leske, S. 146, 147; Matthiass, 2. Aufl., Bd. I, S. 352, § 86; Neumann, S. 164, § 320, Anm. 1; Oertmann, S. 67, § 320, Anm. 1; Ostermeyer, S. 91; Otto, S. 672; Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 92, § 320, Anm. 1; Schreier, S. 7; Stammler, S. 96 f; Weyl, Bd. I, S. 356.

[4]) Engelmann, S. 217; Heilfron, II. Buch, S. 210, § 210, § 90, Anm. 1; Landé, S. 87, § 320, Anm. 5.

könne. Dieser Character der sogenannten Einrede ändere sich auch nicht dadurch, dass nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches der Mangel der geschehenen Gegenleistung nicht mehr von Amtswegen, sondern nur auf Vorbringen des Beklagten berücksichtigt werde.

Vor der Erörterung dieser Streitfrage ist die Vorfrage zu entscheiden, ob das bürgerliche Gesetzbuch überhaupt die römisch-rechtliche Unterscheidung zwischen rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen einerseits und Exceptionen andererseits aufgenommen hat. Das bürgerliche Gesetzbuch spricht sich nirgends hierüber aus, da es die Einreden überhaupt an keiner Stelle im Zusammenhange behandelt, indessen kann diese Frage nicht wohl streitig werden, da die Motive auf dieselbe erschöpfende Auskunft geben.[5]) Darnach ist der Begriff der materiellrechtlichen Einrede festgehalten unter der folgenden ausdrücklichen Begründung:

> „Es muss die Regelung zulässig sein, dass ein „Umstand einen Anspruch nicht von Rechtswegen „in seiner Entstehung hindert oder wieder auf„hebt, sondern dem Verpflichteten nur die Mög„lichkeit gewährt, die Befriedigung des an und „für sich begründeten Anspruches, sei es zur „Zeit oder der Person nach, sei es für immer „ablehnen zu dürfen".

Diese Ausführungen der Motive ergeben ferner, dass die Wirkung der Ausübung dieser verzichtbaren und ausdrücklicher Geltendmachung bedürfenden Berechtigung, wie im gemeinen Recht, eine dilatorische oder eine peremtorische sein kann. Es folgt dies übrigens schon daraus, dass die Bezeichnung „aufschiebende" Einrede vom Gesetze selbst für die Einreden der Erben, § 2014 ff, gebraucht wird.

---

[5]) Motive, Bd. I, S. 359.

I. Ein sofort in die Augen fallendes Beweismittel für die Richtigkeit der herrschenden Ansicht gewährt die diesen Erwägungen in den Motiven angefügte Erklärung, dass nach dem Sprachgebrauche des Gesetzbuches die materiellrechtliche Einrede schlechthin als Einrede, die prozessuale, welche ausser der vorgenannten auch die rechtshindernden und die rechtsvernichtenden Thatsachen umfasst, als Einwendung bezeichnet werde.[6]) Hiernach wäre das zur Frage stehende in § 202 Abs. 2 ja ausdrücklich als Einrede bezeichnete Recht des Beklagten eine echte Einrede.

II. Der I. Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches enthält in § 366 die folgende Bestimmung:

> „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage die „ihm gebührende Leistung einklagt, hat erst dann, „wenn der Beklagte sich darauf beruft, dass der „Kläger die ihm obliegende Leistung noch nicht „bewirkt habe, zu behaupten und im Bestreitungs„falle zu beweisen, dass er die ihm obliegende „Leistung bewirkt habe".

Die hierin enthaltene Regelung der Beweislast interessiert an dieser Stelle nicht, sie ist später noch eingehend zu besprechen,[7]) von Wichtigkeit dagegen ist für die vorliegende Frage die Feststellung der Bedingung, unter welcher diese Beweispflicht für den Kläger erwächst.

Der § 366 des I. Entwurfes ist im Gesetze zwar gestrichen, nicht aber ist den in ihm enthaltenen Rechtsregeln die Geltung entzogen.[8]) Dieselben sind vielmehr in dem § 322 Abs. 1 des bürgerlichen Gesetzbuches mit enthalten, wie die folgenden Erwägungen ergeben.

---

[6]) Motive, Bd. I, S. 360; Planck, 2. Aufl., I. Buch, S. 49.

[7]) Unten, § 11.

[8]) Protocolle, Bd. I, S. 632; Scherer, S. 158, § 320, Anm. 6 und S. 162, § 322, Anm.

1. Nach Ausweis der Protocolle nahm die II. Kommission sachlich den § 366 an, hielt auch für notwendig, dass der Inhalt desselben zum klaren Ausdruck gebracht werde, sie überliess aber die Ausführung dieses Beschlusses der Redaktionskommission. Diese hat indes von der Einfügung eines besonderen Paragraphen in das Gesetz Abstand genommen, jedenfalls in der Erwägung, dass der Gedanke bereits zur Genüge in dem § 273 des II. Entwurfes, welcher fast wörtlich dem § 322 des bürgerlichen Gesetzbuches entspricht, Ausdruck gefunden habe. Dies ergiebt der auf amtliche Veranlassung herausgegebene Entwurf II. Lesung, in welchem der Überschrift des § 273 in Klammern ein Hinweis auf die §§ 365, 366 des I. Entwurfes beigefügt ist, zum Zeichen, dass der genannte Paragraph inhaltlich diesen beiden Paragraphen des I. Entwurfs entspreche.

2. Der § 322 Abs. 1 des bürgerlichen Gesetzbuches lautet:

„Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrage der „eine Teil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, „so hat die Geltendmachung des dem anderen „Teile zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur „Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, „nur die Wirkung, dass der andere Teil zur Er„füllung Zug um Zug zu verurteilen ist".

Hier wird vorausgesetzt, dass die Gegenleistung noch nicht erfolgt ist, während im § 366 des I. Entwurfs davon ausgegangen wird, dass die Gegenleistung bereits bewirkt, nur noch nicht behauptet und bewiesen ist, im Uebrigen aber ist die angenommene Sachlage in beiden Fällen die gleiche, nämlich, dass reine Leistungsklage ohne Berücksichtigung der Forderung des Gegners erhoben ist. Tritt bei solcher Sachlage, hier wie dort, eine gewisse Bedingung ein, nämlich die Geltendmachung des gegnerischen Rechtes, so hat die dadurch herbeigeführte Wirkung in beiden Fällen

das Gemeinsame, dass die Absicht des Klägers, ohne weiteres ein seinem Klageantrage entsprechendes Urteil zu erlangen, vereitelt wird, es liegt also beiden Paragraphen unverkennbar folgendes Prinzip zu Grunde: Nur durch Geltendmachung seines entgegenstehenden Rechtes gegenüber der reinen Leistungsklage kann der Beklagte Berücksichtigung desselben erzwingen.

Ist somit der § 366 des I. Entwurfs inhaltlich von Bestand geblieben, so müssen auch die in den Motiven zum Ausdruck gekommenen Erwägungen, welche zur Aufnahme desselben führten, weiterhin zur Auslegung des Gesetzes in erster Linie herangezogen werden,[9]) denn die Absicht des Gesetzgebers ist die gleiche geblieben, mag auch die Fassung geändert sein. Hiernach[10]) ist der Zweck der Vorschrift, die gemeinrechtliche Streitfrage, ob die Einrede des nicht erfüllten Vertrages von Amtswegen, oder nur, wenn sie von dem Beklagten vorgeschützt wird, berücksichtigt werde, zur endgültigen Entscheidung zu bringen. Ausdrücklich ist dabei hervorgehoben, dass die Entscheidung getroffen ist im Sinne der herrschenden gemeinrechtlichen, von Windscheid vertretenen, Auffassung. Nach dieser Auffassung aber ist, wie in der Einleitung bereits angeführt wurde, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages eine echte Einrede.

III. Der bisherigen Beweisführung kann mit Fug entgegen gehalten werden, dass sie sich ausschliesslich auf den Inhalt der Motive stützt, dass diese aber, wenn auch wertvolles Material für die Auslegung des Gesetzes darstellend, doch niemals allein genügenden Beweis für Sinn und Inhalt einer Gesetzesstelle liefern könnten. Dies muss zugegeben werden, es sollen aber auch die angezogenen Ausführungen der Motive nur zur Unterstützung des in erster Linie aus dem Inhalt

[9]) Haidlen, Bd. I, S. 385.
[10]) Motive, Bd. II, S. 204.

des Gesetzes selbst zu führenden Beweises dienen. Nach § 320 hat der Verpflichtete ein Weigerungsrecht bis zur Bewirkung der Gegenleistung. Nicht ist schlechthin gesagt, er könne seine Gegenleistung verweigern, sondern das Gesetz nennt dieselbe ausdrücklich eine ihm obliegende Leistung, dementsprechend redet der § 322 von einer Klage auf die geschuldete Leistung. Das Gesetz konstatiert also, dass dem Beklagten bereits eine Leistung obliege, dass er schon jetzt dem Kläger schulde. Verweigert der Beklagte die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung, so leugnet er nicht, vielmehr gesteht er in und mit diesem Vorbringen gerade zu, dass er an sich bereits leistungspflichtig sei[11]) und macht nur Gebrauch von der ihm durch das Gesetz gewährten Erlaubnis, die Erfüllung seiner bestehenden Verpflichtung so lange hinauszuschieben, bis seine Gegenforderung berücksichtigt wird.

IV. Auch die durch § 322 der Geltendmachung des dem Beklagten zustehenden Rechtes beigelegte Wirkung, dass derselbe zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt wird, eine Wirkung, welche nach Sinn und Wortlaut des Parapraphen lediglich die Folge der Einrede, nicht etwa die Folge einer Aenderung des Klagebegehrens auf Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ist, ist mit der Annahme, dass das Vorbringen des Beklagten ein Leugnen des Klageanspruchs sei, ganz unvereinbar. Letzteres müsste notwendig zur Abweisung der Klage führen, während doch der Kläger trotz des Vorbringens des Beklagten eine Verurteilung desselben erwirkt, es muss also eine von der Gegenleistung unabhängige Verpflichtung des Beklagten bereits zur Zeit der Klageerhebung bestanden haben.[12]) Es lässt sich also nicht wohl sagen, dass die Klage nicht begründet gewesen sei.

[11]) Stammler, S. 96, Anm. 5.

[12]) Stammler, S. 96; Oertmann, S. 68, § 320, Anm. 1.

Es ist sonach im Gesetze in der That die Frage nach der rechtlichen Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages in der nach den Motiven zu § 366 des I. Entwurfs beabsichtigten Weise geregelt, das Gesetz gewährt dem Beklagten eine echte Einrede.

V. Heilfron folgert die Richtigkeit seiner Ansicht, dass in der Geltendmachung des dem Beklagten zustehenden Rechts ein Leugnen des Klagegrundes, nicht eine echte Einrede zu erblicken sei, aus dem von ihm aufgestellten Begriffe des Vertrages nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches. Bei diesem stehen nach ihm

„Leistung und Gegenleistung in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnis, kein Teil darf vom Gegner die Vertragsleistung verlangen, ohne die ihm obliegende zu bewirken“,[13])

eine Begründung seines Vertragsbegriffes aus dem Gesetze giebt er nicht. Das Gesetz enthält keine Definition dieses Begriffes, die Motive führen aus, dass die Entscheidung des darüber bestehenden Streits nach wie vor der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben müsse, sie verweisen zu diesem Zwecke auf die einzelnen Vorschriften des Gesetzes über gegenseitige Verträge.[14]) Auf dem gleichen Wege, und zwar, wie in der Einleitung zu zeigen versucht ist, in erster Linie durch Auslegung der Vorschriften über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sind die in der gemeinrechtlichen Litteratur vertretenen Ansichten über die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge entstanden. Folgt man hier der gleichen Methode, so ergeben die unter No. III und IV behandelten Bestimmungen der §§ 320, 322, dass die gegenseitigen Verträge nicht in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnis stehen können, weil es in das Belieben des Beklagten gestellt ist, ob er seine Leistung ver-

[13]) Heilfron, II. Buch, S. 208, § 90.
[14]) Motive, Bd. II, S. 200.

weigern will, und dass jeder Teil sehr wohl vom Gegner die Vertragsleistung fordern darf, weil, selbst wenn der Gegner von seiner Befugnis, die Leistung zu verweigern, Gebrauch macht, der Kläger doch eine Verurteilung erzielt. Vielmehr ergeben die angeführten Paragraphen, dass die Abhängigkeit der beiden Obligationen aus einem gegenseitigen Vertrage nur eine beschränkte sein kann. Ist die Klage gleich auf Erfüllung Zug um Zug gerichtet, so tritt dies nicht hervor; anders aber, wenn der Kläger nur die ihm geschuldete Leistung einklagt. Hier kann das Abhängigkeitsverhältnis der beiden Obligationen von einander gegen den Willen des Beklagten gar keine Wirkung äussern,[15]) verzichtet er auf die Einrede, so wird nur über das Forderungsrecht des Klägers verhandelt. Andererseits ergiebt die dem Beklagten gewährte Möglichkeit, durch die Einrede Berücksichtigung seines Gegenrechts zu erzwingen, dass die Obligationen nicht völlig selbstständig sind, sondern dass eine gewisse Abhängigkeit zwischen ihnen besteht.

Es ergiebt sich aus dem Vorstehenden, dass der Heilfron'sche Begriff des gegenseitigen Vertrages falsch ist, trifft dies aber zu, so sind auch die von Heilfron daraus für die rechtliche Natur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gezogenen Folgerungen falsch. Uebrigens hat, da Heilfron nicht bestreitet, dass der Mangel der geschehenen Gegenleistung nur bei Geltendmachung dieses Umstandes durch den Beklagten berücksichtigt werde, die Streitfrage ihre Hauptbedeutung verloren, denn dieselbe lag darin, dass die Anhänger der, im übrigen von Heilfron angenommenen, Keller'schen Ansicht Berücksichtigung dieses Punktes von Amtswegen verlangten, die Vertreter der herrschenden Ansicht dagegen, ebenso wie das bürgerliche Gesetzbuch

[15]) Es wird hier zunächst von den durch die §§ 323 ff bedingten Veränderungen des Regelfalles abgesehen. Unten § 16.

die Berücksichtigung von ausdrücklichem Einredevorbringen abhängig machten.

Bemerkenswert ist auch, dass Heilfron in den Fällen der Umkehrung der Beweislast nicht mehr von negativer Litiskontestation spricht, sondern in diesen Fällen die Verweigerung der Leistung seitens des Beklagten als eine wahre Einrede bezeichnet.[16])

§ 3.

II. Folgesätze.

Gegenüber der nicht auf Leistung Zug um Zug gerichteten Klage bleibt es, wie bereits betont, dem Beklagten überlassen, ob er die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen will; unterlässt derselbe das Vorschützen der Einrede, so zerfällt der Vertrag in zwei selbstständige Obligationen,[1]) der Beklagte wird in dem anhängigen Rechtsstreite rein verurteilt, und es bleibt ihm überlassen, Befriedigung seines Anspruches in einem besonderen Prozesse zu erstreiten. Dies ist insbesondere von Wichtigkeit beim Ausbleiben des Beklagten, der Kläger erzielt dann ein Versäumnisurteil.[2])

Eine weitere Folge der Natur der Einrede ist, dass aus einem gegenseitigen Vertrage im Urkundenprozesse geklagt werden kann, soweit dieser überhaupt zulässig ist nach § 592 der neuen Civilprozessordnung ohne dass der Kläger die von seiner Seite geschehene Erfüllung durch Urkunden nachzuweisen hat, denn sein Anspruch ist schon vor der Erfüllung begründet.[3])

---

[16]) Heilfron, II. Buch, S. 212, § 90.

[1]) Endemann, 4. Aufl., Bd. I, S. 534, § 124, Anm. 6.

[2]) André, S. 27; Stammler, S. 98; Neumann, S. 165, § 322, Anm. 1; Matthiass, § 86, S. 350, Anm. 1.

[3]) André, S. 28; dagegen Seuffert, 7. Aufl., S. 733, § 555, Anm. 3. Ueber die Wirkung der erhobenen Einrede im Urkundenprozess siehe unten § 21 No. 1.

B. Anwendungsgebiet der Einrede.

§ 4.

I. Wann ist ein Vertrag nicht erfüllt?

Das Recht, seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, wird dem aus einem gegenseitigen Vertrage Beklagten durch § 320 gegeben, „es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist". Aus dieser beschränkenden Klausel folgt ein Doppeltes. Erstens ergiebt dieselbe, dass die Einrede dem vorleistungspflichtigen Beklagten für die Regel nicht zusteht; zweitens folgt daraus, dass eine Vorleistungspflicht die Ausnahme, Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug die Regel ist.

Es ist bereits dargelegt, dass die Abhängigkeit der beiden Obligationen von einander nicht notwendig in die Erscheinung tritt, sondern es dem Beklagten überlassen bleibt, dieselbe geltend zu machen, sofern nicht etwa schon das Klagebegehren auf Leistung Zug um Zug gerichtet ist. Die Ausübung dieser Befugnis dem Beklagten zu ermöglichen, ist eben der Zweck der ihm gewährten Einrede. Das Anwendungsgebiet der Einrede lässt sich hiernach im Allgemeinen dahin umgrenzen, dass sie bei allen nicht schon auf Leistung Zug um Zug gerichteten Klagen aus gegenseitigen Verträgen zulässig ist, aus welchen noch kein Teil erfüllt hat, und aus welchen nicht den Beklagten eine Vorleistungspflicht trifft.

Wann kann man nun sagen, dass von einer Seite erfüllt ist? Unzweifelhaft ist nicht erfüllt, wenn der Kläger seinerseits noch gar nichts geleistet hat, wie aber steht es in den Fällen, wenn derselbe eine Erfüllungshandlung vornahm, der Beklagte aber behauptet mit dem Geleisteten habe Kläger seiner Verpflichtung nur teilweise genügt, oder er habe etwas anderes

geleistet, als er schuldig war, oder endlich, das Geleistete sei mangelhaft?

§ 5.

1. Teilweise Leistung.

Für den Fall teilweiser Erfüllung enthält der § 320 zwei Einzelbestimmungen.

1. Nach § 320 Abs. 2 darf der Beklagte, wenn ihm teilweise geleistet ist, die Gegenleistung in soweit nicht verweigern, als dieselbe nach den Umständen des Falles gegen Treu und Glauben verstossen würde. Liegt ein solcher besonderer Umstand also nicht vor, so darf der Beklagte seine ganze Gegenleistung verweigern, mit anderen Worten, teilweise Leistung ist für die Frage nach der Zulässigkeit der Einrede regelmässig als Nichtleistung anzusehen.

Die in § 320 Abs. 2 normirte Ausnahme von der Regel ist nur eine besondere Hervorhebung des sämmtliche Verträge beherrschenden Grundsatzes des § 157 des bürgerlichen Gesetzbuches:[1])

> „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und „Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es „erfordern".

Denn die hierdurch dem Richter auferlegte Pflicht zur Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben muss sich naturgemäss auch auf die Art und Weise der Erfüllung derselben erstrecken. Nur als Hauptbeispiel solchen Verstosses gegen Treu und Glauben ist angeführt, dass der Beklagte seine ganze Leistung verweigern will, obgleich nur ein verhältnismässig geringfügiger Teil der Leistung des Klägers rückständig ist.[2]) Der Richter wird im einzelnen Falle gegenüber der Einrede des Beklagten zu prüfen haben, ob die Anwendung des § 320 Abs. 2 geboten ist. Man muss

[1]) Kuhlenbeck, Bd. I, S. 221, § 320, Anm. 3.
[2]) Otto, S. 673.

dabei unterscheiden, ob der Rückstand sich auf die Hauptleistung bezieht, etwa auf eine Quantität derselben, oder nur auf eine Nebensache. Wenn zum Beispiel der Kläger zehn Pferde mit Halftern zu liefern hat und liefert nur neun Stück mit Halftern, und klagt dann auf Gegenleistung, so dürfte die Einrede des Beklagten nicht gegen Treu und Glauben verstossen, wohl aber, wenn der Kläger alle zehn Stück geliefert hat, jedoch ohne Halfter. Der Beklagte könnte im letzteren Falle nur einen dem Wert der Halfter entsprechenden Teil der Gegenleistung zurückhalten, denn „insofern" verstösst seine Einrede nicht gegen Treu und Glauben. Man wird ferner dem Beklagten das Recht zur Verweigerung seiner ganzen Gegenleistung bei teilweiser Leistung seitens des Klägers eher zugestehen, wenn letzterer die vollständige Erfüllung, obwohl er zu derselben sehr wohl im Stande war, aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit unterliess, als wenn die vollständige Erfüllung zur Zeit für ihn unausführbar oder mit besonderen Schwierigkeiten verbunden war.[3])

Einer besonderen einredeweisen Geltendmachung des Umstandes, dass die Einrede gegen Treu und Glauben verstösst, seitens des Klägers, einer replica doli, wie sie im Anschluss an die Motive von manchen Schriftstellern verlangt wird,[4]) bedarf es nicht,[5]) wie sowohl die Fassung des § 320, als auch das allgemeine Prinzip des § 157 ergiebt. Der § 320 Abs. 2 besagt, die Gegenleistung könne nicht verweigert werden, das heisst nach der Sprache des Gesetzes, es steht dem Beklagten in diesem Falle keine Einrede zur Seite, folglich bedarf es auch keiner Replik, um eine solche

[3]) Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 94, § 320, Anm. 4; Otto, S. 673.

[4]) Motive, Bd. II, S. 203; Oertmann, S. 68, § 320, Anm. 7 b; Ostermeyer, S. 91; Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 96, § 322, Anm. 1.

[5]) Stammler, S. 95; Matthias, § 86, S. 351.

zu entkräften. Versucht der Beklagte trotzdem eine solche vorzuschützen, so hat sie schon der Richter, als gegen Treu und Glauben verstossend, zu verwerfen. Einer Geltendmachung und eines Beweises bedarf es also, wie bei allen rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen, nur, wenn diese Sachlage dem Richter nicht schon durch das bisherige Vorbringen der Parteien bekannt ist.

2. Nach Satz 2 des § 320 Abs. 1 darf der Verpflichtete, welcher aus einem und demselben Vertrage an mehrere zu leisten hat, wenn einer von diesen seinen Anteil fordert, demselben die Leistung bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigern.[6]) Dieser Satz ist allgemein ausgesprochen, die Einrede steht dem Beklagten also auch in dem Falle zu, dass die Leistung seiner Gegner teilbar ist. Von Bedeutung ist dies nur für diejenigen Fälle, in welchen die Vermutung des § 427, dass die durch den Vertrag gemeinschaftlich Verpflichteten — und nur um gegenseitige Verträge handelt es sich hier — als Gesammtschuldner haften, nicht zutrifft. Greift die Vermutung Platz, oder handelt es sich um eine unteilbare Leistung (§ 431), so ergiebt sich die Zulässigkeit der Einrede schon daraus, dass die mehreren Verpflichteten als Gesammtschuldner haften.

Die Vorschrift ist keine Erweiterung der Befugnisse des Beklagten, sondern soll nur die Frage beantworten, wie in dem Falle, dass dem Beklagten mehrere Gegenkontrahenten gegenüberstehen, die Einrede sich gestaltet.[7])

3. Die Protokolle heben hervor, dass der Beklagte die Einrede dann nicht bezüglich seiner ganzen Leistung

---

[6]) Schreier, S. 12, 13. Nicht empfehlenswert erscheint die Ausdrucksweise von Otto, S. 673. Derselbe bezeichnet diesen Fall als eine exceptio plurium litisconsortium, welche indes nur ein Fall der Einrede des nicht erfüllten Vertrages sei.

[7]) Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 92, § 320, Anm. 2.

geltend machen darf, wenn er teilweise Leistung derart als Teilerfüllung annahm, dass darin die Einwilligung in eine Teilung des Schuldverhältnisses selbst zu erblicken ist.[8]) Er muss dann auch seine Gegenleistung teilen, denn in einer solchen Annahme ist die stillschweigende Abmachung zu erblicken, dass das Vertragsverhältnis durch Teilleistungen regulirt werden sollte, eine Vereinbarung, zu welcher die Parteien, da es sich um dispositives Recht handelt, selbstverständlich berechtigt sind.

4. Keiner besonderen Hervorhebung wird es bedürfen, dass der Beklagte, wie es ihm anheim gestellt ist, ob er die Einrede überhaupt geltend machen will, so auch, abgesehen von den besprochenen Ausnahmefällen, nach seinem Ermessen seine ganze Gegenleistung oder nur einen Teil derselben verweigern kann, ohne Rücksicht darauf, ob und was sein Gegner ihm bereits geleistet hat.

§ 6.

2. Leistung von etwas Anderem als dem Geschuldeten.

Der Fall, dass etwas Anderes als das Geschuldete geleistet ist, ist in dem von den zweiseitigen Verträgen handelnden Abschnitt, §§ 320 ff, nicht erwähnt. Es bedeutet dies indes nicht Anderes, als dass Ausnahmebestimmungen über die Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, wie in dem Falle teilweiser Leistung, sich hier nicht vernotwendigt haben, sondern dass in diesem Falle das Recht des Beklagten in derselben Weise besteht, wie in dem Falle gänzlicher Nichtleistung, denn eine Leistung von etwas Anderem, als geschuldet ist, kann unter keinen Umständen als Bewirkung der Gegenleistung für die eingeklagte

[8]) Protokolle, Bd. I, S. 630; Ortmann, S. 68, § 320, Anm. 7; Landé, S. 88, § 320, Anm. 9.

Forderung gelten. Dass diese Folgerung aus dem Schweigen des Gesetzes die richtige ist, ergiebt unzweideutig der § 363 des bürgerlichen Gesetzbuches. Dieser, im übrigen später[1]) zu erörternde Paragraph regelt die Beweislast für den Fall, dass Jemand eine Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere, als die geschuldete Leistung, oder weil sie unvollständig gewesen sei. Man braucht also hiernach die Leistung von etwas Anderem nicht als richtige Gegenleistung gelten lassen, mit anderen Worten, man kann der Klage des Gegenkontrahenten, welcher ein aliud leistete, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegensetzen.

§ 7.

3. Mangelhafte Leistung.

I. Während die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei jedem gegenseitigen Vertrage darauf gestützt werden kann, dass das Geleistete quantitativ unvollständig, oder etwas Anderes als das Geschuldete sei, trifft dies nicht zu mit der Einrede mangelhafter Erfüllung. Es ist bezüglich derselben vielmehr nach der Natur der gegenseitigen Verträge eine Unterscheidung zu machen.

1. Bei gegenseitigen Verträgen über Gattungssachen hat der Gläubiger Anspruch auf Lieferung mangelfreier Sachen.[1]) Dies Recht ist ihm allgemein durch § 243 des bürgerlichen Gesetzbuches gewährt, welcher den Schuldner verpflichtet, Sachen von mittlerer Art und Güte zu leisten. Ist die geleistete Sache vermöge eines ihr anhaftenden Mangels nicht von dieser Beschaffenheit, so hat der Schuldner der ihm gesetzlich obliegenden Pflicht nicht genügt, seine Leistung ist regelmässig eine andere als die Geschuldete und er

[1]) Unten § 12.

[1]) Protokolle, Bd. I, S. 637.

kann sich deshalb auf dieselbe nicht berufen, wenn der Gläubiger seine Gegenleistung einredeweise verweigert. Entspricht die Leistung im Uebrigen den Vorschriften des Vertrages, und kann der geleistete Gegenstand von dem ihm anhaftenden Mangel befreit werden, so ist die Leistung nicht als ein aliud zu betrachten, wohl aber als eine unvollständige Erfüllung, der Schuldner hat noch nicht alles gethan, wozu er sich in dem Vertrage verpflichtet hat.[2]) Ist die Sache nicht nur der Gattung nach bestimmt, sondern sind gewisse Eigenschaften vorgeschrieben, so ist das Resultat das gleiche, der Gläubiger kann sich auf den Mangel dieser Eigenschaften berufen, denn ihr Fehlen nimmt der Leistung den Charakter ordnungsmässiger Erfüllung.

Die besondere Anführung dieses dem Gläubiger bei Gattungsobligationen ganz allgemein zustehenden Rechtes für den Gattungskauf in den §§ 480 und 491 hat nur den Zweck, besonders hervorzuheben, dass der Käufer sein Recht auf Lieferung einer mangelfreien Sache wahlweise neben dem ihm ausdrücklich auch für den Gattungskauf gewährten Wandelungs- und Minderungsrechte geltend machen kann. Der Beklagte hat das Empfangene zurückzugewähren und zwar Zug um Zug nach den Vorschriften der §§ 320, 322 wie die Verweisungen in § 480 auf § 467 Satz 1, in diesem Paragraphen auf § 348 und in diesem Paragraphen endlich auf §§ 320, 322 ergeben.[3]) Zu beachten ist indessen hierbei noch, dass nach §§ 480, 464 derjenige, welcher die mangelhafte Leistung in Kenntnis des Mangels annimmt, sich seine Rechte durch Vorbehalt bei der Annahme wahren muss.

2. Ein gleiches Recht ist dem Besteller beim Werkvertrage gewährt. Nach § 633 Abs. 2 kann er, wenn

[2]) Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 93, § 320, Anm. 4.

[3]) Neumann, S. 229, § 480, Anm. 1; Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 252, § 467, Anm. 2e.

das Werk nicht die zugesicherten Eigenschaften hat oder Fehler aufweist, welche Wert oder Tauglichkeit des Werkes aufheben oder mindern, Beseitigung solcher Mängel verlangen; jedoch steht ihm dies Recht nach § 638 nur zu, wenn die Geltendmachung binnen der von der Abnahme des Werkes an laufenden Verjährungsfrist, welche 6 Monate, bei Arbeiten an einem Grundstück 1 Jahr, bei Bauwerken 5 Jahre beträgt, erfolgt ist, mit der Ausnahme, dass der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Hat der Besteller das Werk in Kenntnis des Mangels abgenommen, so hat er das zur Frage stehende Recht nur, wenn er sich bei der Abnahme seine Rechte wegen des Mangels vorbehalten hat (§ 640 Abs. 2).

Die Geltendmachung ist möglich durch Klage oder durch Einrede gegen die Klage des Unternehmers auf Abnahme, bezüglich, wenn die Abnahme bereits erfolgt war, auf Zahlung. Durch die Einrede würde der Beklagte geltend machen, dass er nicht abnehmen, bezüglich zahlen brauche, bevor er das, was er bestellt, ein Werk mit den zugesicherten Eigenschaften oder ohne die vorhandenen Mängel, erhalte, mit anderen Worten, er würde die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorschützen, gestützt darauf, dass etwas anderes geleistet sei, als das Geschuldete, oder bei Mängeln und Eigenschaften von geringerer Bedeutung und accessorischer Natur, dass unvollständig erfüllt sei.[4]) Er kann zugleich mit der Geltendmachung der Einrede seinem Gegner nach § 634 Abs. 1 eine Frist bestimmen zur Beseitigung des Mangels, aber er braucht es nicht, er kann sich lediglich darauf beschränken, die Einrede vorzuschützen, denn die beiden Befugnisse sind ihm unabhängig von einander gewährt.[5])

3. Ist bei gegenseitigen Verträgen auf Leistung

[4]) Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 372, Anm. 4 vor § 633.

[5]) Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 373, § 634, Anm. 1; Anders: Landé, S. 165, § 640, Anm. 1.

einer species die Sache geliefert, weist aber einen Mangel auf, so kann man nicht sagen, dass dies keine Erfüllung sei, da das Schuldverhältnis nur diese eine bereits geleistete Sache betrifft, und es dem Schuldner unmöglich ist, von neuem die Erfüllung vorzunehmen, wie bei Gattungsobligationen. Es versagt deshalb das Bürgerliche Gesetzbuch entsprechend der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts[6]) in diesem Falle die Einrede grundsätzlich und beshränkt den Empfänger der Leistung darauf, die ihm im übrigen durch das Gesetz gewährten Rechtsbehelfe, wie Preisminderung, Wandelung, Schadensersatz geltend zu machen.

Von dieser Regel hat das Bürgerliche Gesetzbuch eine Ausnahme durch § 440 zunächst für den Kauf und den Tausch gemacht, dieselbe ist indes durch § 445 auf andere Verträge ausgedehnt, welche auf Veräusserung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind; sie betrifft Mängel im Rechte der veräusserten Sache oder des veräusserten Rechtes, welche der Erwerber nicht schon beim Abshlusse des Vertrages gekannt hat (§ 439).

Der Verkäufer und der ihm gleichgestellte sonstige Verpflichtete muss nach § 433 die Sache und das Eigentumsrecht an derselben, bei Verträgen über Rechte das Recht und den etwa mit demselben verbundenen Besitz einer Sache, und weiter nach §§ 434 und 437 die Sache seinem Vertragsgegner frei von Rechten Dritter verschaffen, bezüglich für den rechtlichen Bestand der Forderung einstehen. Leistet er die Sache nicht, so hat er überhaupt nicht erfüllt und sein Gegner hat ohne weiteres die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Erfüllt er aber die ihm im übrigen auferlegten Pflichten nicht, so ist seine Leistung eine mangelhafte, der Erwerber ist aber kraft ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nicht auf Geltend-

[6]) Die Gegenansicht vertritt André S. 63.

machung eines Wandelungs- oder Minderungsrechts angewiesen, sondern der Fall wird der Nichterfüllung durch § 440 rechtlich gleichgestellt, und demgemäss dem beklagten Erwerber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gewährt.[7])

Dieser Fall der Einrede ist erst durch das Bürgerliche Gesetzbuch geschaffen, das gemeine Recht kennt denselben nicht, da es seine Grundlagen, die weitgehenden Verpflichtungen des Veräusserers zur Verschaffung des Objekts zu Eigentum und frei von allen Rechten Dritter (mit der unbedeutenden Ausnahme des § 436) nicht kennt; gemeinrechtlich kann der Käufer einen Evictionsanspruch nur auf ganze oder teilweise Entziehung der Sache selbst stützen, erstreitet ein Dritter Rechte an der Sache, welche den Besitz des Käufers nicht berühren, z. B. Grundgerechtigkeiten, so besteht für den Käufer dieser Anspruch nicht, denn der Verkäufer ist nur verpflichtet, ihm das habere licere zu gewähren.[8]) Dagegen verleiht das Bürgerliche Gesetzbuch dem auf Zahlung des Preises beklagten Käufers das Recht, seine Leistung wegen eines jeden an dem Kaufobjekt einem Dritten zustehenden Rechts und zwar schon dann zu verweigern, wenn der Dritte dies Recht noch gar nicht geltend gemacht hat. Auch macht es keinen Unterschied, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt, sowie ob der Kaufgegenstand bereits geleistet oder aufgelassen ist oder noch nicht,[9]) nur darf naturgemäss die Einrede nicht nach § 320 Abs. 2 gegen Treu und Glauben verstossen, was bei bereits geschehener Leistung oder Auflassung wenigstens für einen Teil der Gegenleistung häufig

[7]) Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 232, § 440, Anm. 2.

[8]) Windscheid, 7. Aufl., Bd. II, S. 430 f, § 391; Dernburg, 3. Aufl., Bd. II, S. 268, § 99.

[9]) Neumann, S. 212, § 440, Anm. 1; Kuhlenbeck Bd. I, S. 312, § 440, Anm. 1; Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 232, § 440, Anm. 2.

der Fall sein wird.[10]) Die §§ 440 Abs. 2 f, 441 beschränken nur das Recht des Käufers auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, die übrigen Rechte desselben, also auch das Recht zur Verweigerung der Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung, lassen dieselben unberührt.[11])

4. Weitere Fälle der auf mangelhafte Erfüllung gestützten Einrede kennt das Gesetz nicht, doch ist dabei zu beachten, dass häufig von mangelhafter Erfüllung gesprochen wird, wo in Wahrheit Unvollständiges oder etwas Anderes als das Geschuldete geleistet ist. Wenn z. B. A. dem B. seine Waffensammlung verkauft und behält ein werthvolles Stück zurück, so ist nicht mangelhaft, sondern unvollständtg erfüllt, und der auf Zahlung beklagte B. kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen.

II. Aufällig ist, dass das Gesetz weder in dem Titel über die gegenseitigen Verträge noch im § 363 von mangelhafter Erfüllung spricht.

Der § 367 des I. Entwurfes bestimmte für diesen Fall:

„Hat ein Vertragschliessender die ihm als Er-
„füllung angebotene Leistung als Erfüllung an-
„genommen, so kann er auf Grund der Mangel-
„haftigkeit der Leistung nicht wegen Nicht-
„erfüllung des Vertrages die Gegenleistung ver-
„weigern, sondern nur noch die ihm sonst zu-
„stehenden Ansprüche geltend machen.
„Auch ist er in Ansehung der behaupteten Mangel-
„haftigkeit beweispflichtig."

Die Bestimmung ergiebt den notwendigen Schluss, dass, wenn die betreffende Leistung von dem Empfänger nicht als Erfüllung angenommen war, derselbe auf

[10]) Scherer, S. 481, § 440, Anm. 4.

[11]) Neumann, S. 213, § 440, Anm. 2; Anders: Scherer, S. 480, § 440, Anm. 2.

die Mangelhaftigkeit der Leistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages stützen konnte.

Die durch den § 367 eingeführte Beschränkung der Rechte des Gläubigers fand nicht den Beifall der II. Kommission. In derselben sprach sich die Mehrheit für einen Antrag aus, dessen Zweck in erster Linie die Regelung der Beweislast war, dessen Fassung aber zugleich ergab, dass auf die Behauptungen, es sei etwas anderes, als das Geschuldete, es sei unvollständig oder es sei mangelhaft geleistet, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gestützt werden könnte.[12]) Mit diesen Beschlüssen stimmt die der Vorschrift durch die Redaktionskommission in § 312 des Entwurfs II Lesung, welcher fast wörtlich in den § 363 des Bürgerlichen Gesetzbuches übergegangen ist, gegebene Fassung nicht überein, in derselben fehlt jeglicher Hinweis auf die Behauptung mangelhafter Erfüllung, es wird nur davon gesprochen, dass die Leistung eine andere, als die geschuldete, oder dass sie unvollständig gewesen sei.

Wie ist diese Erscheinung zu erklären? In der Litteratur ist die Frage nirgends behandelt, doch scheint man es in der Regel so anzusehen, als ob dieser Fall durch die in § 363 gewählten Ausdrücke mit gedeckt sei, wenigstens sprechen die meisten Schriftsteller bei Erläuterung dieses Paragraphen auch von der auf mangelhafte Erfüllung gestützten Einrede.[13])

1. Was die unter I 1 und 2 besprochenen Fälle der Einrede des mangelhaft erfüllten Vertrages betrifft, so stützt der Beklagte seine Einrede nicht sowohl auf die Mängel des Leistungsgegenstandes, als vielmehr

[12]) Protokolle, Bd. I, S. 636 f.

[13]) Endemann, 4. Aufl., Bd. I, S. 534c; Cosack, Bd. I, S. 353, 1; Heilfron, II. Buch, S. 212; Stammler, S. 99; Planck, 2. Aufl., II. Buch, S. 143, § 363, Anm. 3; Scherer, S. 233, § 363, Anm. 3; Landé, S. 99, § 363, Anm. 2; Dernburg, bürgerl. Recht, 2. Aufl., S. 205.

darauf, dass ihm gesetzlich das Recht auf eine mangelfreie Sache zusteht, die geleistete Sache ist keine solche, folglich ist sie gegenüber dem Vertragsgegenstand ein aliud oder etwas Unvollständiges. Diese Fälle mangelhafter Erfüllung sind also thatsächlich durch die in § 363 gebrauchten Ausdrücke mitgedeckt.

2. Eine Ausnahmestellung nimmt der Fall I 3 ein. Uebergiebt und übereignet der Käufer den Gegenstand, an welchem ein Recht eines Dritten besteht, so kann man nicht sagen, es sei nicht erfüllt, oder es sei etwas Anderes als das Geschuldete geleistet, denn die geschehene Leistung betraf den einzigen, dem Schuldverhältnis unterliegenden Gegenstand; ebensowenig kann man sagen, dass teilweise geleistet sei, denn das an einem Gegenstande bestehende Recht ist kein von demselben losgelöster Bestandteil. Vielmehr weist der Vertragsgegenstand nur einen Mangel auf, dessen Beseitigung der Empfänger kraft positiver gesetzlicher Bestimmung auf demselben Wege, wie die ihm gebührende Leistung, falls Unvollständiges oder ein aliud geleistet war, erzwingen kann. Der § 363 ist dagegen im § 440 nicht mitangeführt, und die in ihm enthaltenen Vorschriften finden deshalb keine Anwendung auf die auf Mängel im Rechte gestützte Einrede des nicht erfüllten Vertrages.[14])

Auf diese Sonderstellung weist übrigens auch die Fassung des § 440 Abs. 1 hin, es „bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327“, das bedeutet, der Fall gehört seiner Natur nach nicht unter diese Regeln, aber es soll entsprechende Anwendung derselben Platz greifen.

§ 8.

4. Gemeinsames.

Wenn man von dem im vorigen Paragraphen unter I 3 besprochenen Falle absieht, so lässt sich das

[14]) Unten, § 12.

Ergebnis der bisherigen Untersuchungen kurz dahin zusammenfassen, dass es für jegliche Leistungspflicht aus einem gegenseitigen Vertrage nur eine Erfüllung giebt, die dem Vertragswillen der Parteien entsprechende; teilweise Leistung, Leistung von etwas Anderem, als geschuldet wird, und mangelhafte Leistung in denjenigen Fällen, in welchen der Berechtigte Anspruch auf eine mangelfreie Leistung an Stelle der mangelhaften hat, bildet keine Erfüllung, also kann in diesen Fällen der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen.

In allen Fällen, in welchen die Frage, ob in einer Leistung ordnungsmässige Erfüllung zu erblicken ist, streitig wird, sind nun noch zwei Punkte zu beachten.

Einmal ist die Entscheidung abhängig von dem Verhalten der Parteien bei Vornahme der Leistung und nach derselben. Von Seiten des Schuldners muss die Absicht vorliegen, mit dieser Leistung die ihm aus dem zur Frage stehenden gegenseitigen Vertrage obliegende Verpflichtung zu erfüllen, damit dieselbe diesen Erfolg haben kann.[1]) Der Empfänger kann durch sein Verhalten ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen geben, dass er mit der Annahme auf Einwendungen gegen Art und Gegenstand der Leistung verzichte oder dass er damit in eine Teilung des Schuldverhältnisses einwillige[2]); oder endlich dass er die Leistung an Erfüllungsstatt annehme. In allen diesen Fällen verwirkt er die Einrede, nicht aber, gemäss § 363 des Bürgerlichen Gesetzbuches, durch blosse Annahme als Erfüllung.

Zweitens ist jede erhobene Einrede darauf zu prüfen, ob sie gegen Treu und Glauben verstösst. Ist etwas Anderes geleistet, als das Geschuldete, und die Leistung nicht etwa an Erfüllungsstatt angenommen,

[1]) Dernburg Bürgerl. Recht 2. Aufl. II S. 250.
[2]) Oben § 5 Nr. 3.

wodurch der Empfänger seine Einrede verwirkt hätte, so ist ein Verstoss gegen Treu und Glauben, begangen durch das Vorschützen der Einrede, nicht wohl denkbar, denn es ist das gute Recht eines jeden Vertragschliessenden, gerade die dem Vertrage entsprechende und durch ihn bezielte Leistung zu erhalten; anders aber ist es bei unvollständiger und mangelhafter Erfüllung. Für beide Fälle ist die Unzulässigkeit der Einrede, sofern sie gegen Treu und Glauben verstossen würde, in dem bereits besprochenen § 320 Abs. 2 vorgeschrieben,[3][4]) denn es ist Planck darin beizutreten, dass diese Bestimmung nicht nur für die quantitativ unvollständige, sondern auch für die qualitativ mangelhafte Leistung Geltung hat. Der Fall liegt hier nicht anders wie im § 363, wie dort der mangelhaften Leistung nicht Erwähnung gethan ist, weil dieselbe entweder als eine unvollständige, oder als eine andere, als die geschuldete Leistung anzusehen ist, so spricht auch der § 320 Abs. 2 nur von teilweiser Leistung. Eine qualitativ mangelhafte Leistung ist dann eine unvollständige oder teilweise, wenn der Mangel an dem geleisteten Gegenstand selber behoben werden kann, und der letztere, abgesehen von diesem Mangel, dem Vertrage entspricht.[5])

Ob und wie weit die auf solchen, die Leistung zu einer teilweisen machenden, Mangel gestützte Einrede des nicht erfüllten Vertrages wider Treu und Glauben verstösst, ist Thatfrage und ebenso, wie bei der eigentlichen Teilleistung nach den Umständen des Falles zu entscheiden.

Für den Werkvertrag ist ein Anhaltspunkt aus

---

[3]) Oben § 5 No. 1.

[4]) Planck, 2. Aufl. II. Buch S. 93. § 320 Anm. 4; Oertmann S. 68, § 320 Anm. 7b. — Dernburg Bürgerl. Recht 2. Aufl. II S. 206 Anm. 4; Leske S. 147 Anm. 7. — Dagegen Cosack Bd. I S. 301, § 86.

[5]) Planck a. a. O.

dem § 633 Abs. 1 zu entnehmen, sind nämlich die Mängel derart, dass sie Wert oder Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nicht einmal mindern, so dürfte die ganze Einrede gegen Treu und Glauben verstossen.

Ist es dagegen nicht möglich, den geleisteten Gegenstand von dem Mangel zu befreien, so ist etwas Anderes als das Geschuldete geleistet, der Gläubiger kann neue Leistung verlangen und die Einrede vorbringen, ohne gegen Treu und Glauben zu verstossen. Aus diesem Grunde ist der Fall, dass etwas Anderes, als geschuldet wurde, geleistet ist, in dem § 320 Abs. 2 nicht miterwähnt.[6])

§ 9.

II. Zulässigkeit der Einrede bei Vorleistungspflicht.

Wie bereits hervorgehoben,[1]) ist Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug die Regel bei gegenseitigen Verträgen, eine Vorleistungspflicht kann nur Platz greifen, wenn sie von den Parteien vereinbart, oder durch gesetzliche Vorschrift eingeführt ist.

Solche Vorschriften enthalten § 551 für die Miete,

---

[6]) Cosack Bd. I S. 301 § 86 sieht mangelhafte Leistung stets als Leistung von etwas Anderem an und versagt deshalb bei einer solchen niemals die Einrede wegen Verstosses gegen Treu und Glauben. Läge übrigens in dem von Cosack gewählten Beispiel — ein Wagen ist ohne Laterne geliefert — thatsächlich mangelhafte Erfüllung vor, so stände dem Beklagten, da es sich um eine species handelt, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages überhaupt nicht zu, er wäre auf seine sonstigen Rechte beschränkt. Es liegt aber in der That einer der in § 7 I 4 besprochenen Fälle vor, es ist nicht mangelhaft, sondern teilweise geliefert, und an sich würde dem Beklagten die Einrede zustehen, doch dürfte sie in diesem Falle offenbar in so weit gegen Treu und Glauben verstossen, als mehr wie der dem Wert der Laterne entsprechende Teil der Gegenleistung verweigert würde.

[1]) Oben § 4.

§ 584 für die Pacht, § 614 für den Dienstvertrag, § 641 für den Werkvertrag, § 699 für die Verwahrung.

In diesen Fällen ist die Vergütung entweder erst nach vollständiger Leistung, oder wenn dieselbe nach Zeitabschnitten bemessen ist, wie häufig bei Miete, Pacht, Dienstvertrag und Verwahrung, abschnittweise nach Ausführung der in diesem Zeitraum vorzunehmenden Leistung zu gewähren. Zweifeln kann man nur, ob der Werkvertrag in diese Aufzählung gehört, denn die Bestimmung des § 641, dass die Vergütung bei Abnahme des Werkes zu entrichten sei, scheint auf Leistung Zug um Zug hinzudeuten.[2]) Aber die Verpflichtung des Unternehmers beschränkt sich doch nicht auf die Ablieferung des Werks, diese bildet vielmehr nur den Schluss der ihm obliegenden Thätigkeit, für Alles, was er zur Fertigstellung des Werkes vorzunehmen hat, ist er vorleistungspflichtig. Dies tritt besonders deutlich hervor, wenn nach der Beschaffenheit des Werks die Abnahme ausgeschlossen ist (§ 640 Abs. 1), hier wird der Besteller erst leistungspflichtig nach Beendigung der gesammten Erfüllungsthätigkeit des Unternehmers.

1. Trifft den Kläger eine Vorleistungspflicht, so liegt die Sache nicht anders als im Regelfalle der Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug; der Beklagte kann darauf verzichten, dass der Kläger seiner Vorleistungspflicht nachkomme, will er aber sein Recht geltend machen, so muss er sich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bedienen. Die je nach Lage des Falles verschiedenen Wirkungen sind später zu besprechen.[3])

2. Hat der Beklagte vorzuleisten, so kann er sich darauf, dass ihm aus demselben Vertrage später ein Anspruch auf eine Gegenleistung zustehe, nicht berufen,

[2]) Landé S. 166, § 641. Anm. 1.

[3]) Unten § 15.

er muss zunächst seine Verpflichtung erfüllen. Von diesem Grundsatz hat das Bürgerliche Gesetzbuch aus Billigkeitsrücksichten im § 321 eine Ausnahme gemacht.

Die ältere gemeinrechtliche Doktrin nahm an, dass jedes Rechtsgeschäft unter der stillschweigenden Voraussetzung eingegangen sei, dass sich die Umstände, unter denen und mit Rücksicht auf welche es abgeschlossen sei, bis zur Erfüllung nicht änderten, der sogenannten clausula rebus sic stantibus, und dass es durch deren Veränderung anfechtbar werde. Von dieser Ansicht ist im heutigen gemeinen Recht nur die freilich auch bestrittene Regel von Bestand geblieben, dass der Vorvertrag über Geben eines Darlehens unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen sei, dass der Darlehnsnehmer kreditwürdig bleibe, eine Regel, welche das Bürgerliche Gesetzbuch im § 610 aufgenommen hat.[4])

Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt nun in § 321 für die gegenseitigen Verträge eine beschränkte Anwendung der clausula rebus sic stantibus zu. Es gestattet dem Vorleistungspflichtigen,

„wenn nach dem Abschlusse des Vertrages in den „Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine „wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die „der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet „wird, die ihm obliegende Leistung zu verweigern, „bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für „sie geleistet wird."

Der Hauptunterschied von der alten clausula rebus sic stantibus und von der Regel des § 610 liegt darin, dass die Geltung des Vertrages durch die veränderten Umstände nicht in Frage gestellt wird, vielmehr kann der Beklagte nur die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen und durch das Vorschützen derselben verwandelt sich der bisher auf

[4]) Windscheid, 7. Aufl. Bd. II. S. 365 § 370 Anm. 18; Dernburg 3. Aufl. Bd. II. S. 229. § 85.

Vorleistung gerichtete Vertrag in einen solchen mit der Verpflichtung zur Leistung Zug um Zug oder zur Leistung gegen Sicherheitsleistung des Klägers.[5])

Der Beklagte kann seine Einrede nur darauf stützen, dass in den Vermögensverhältnissen seines Gegenkontrahenten eine so wesentliche und derartige Verschlechterung eingetreten ist, dass gerade sein ihm aus diesem Vertrage zustehender Gegenanspruch gefährdet erscheint. Ausserdem muss diese Verschlechterung nach dem Abschlusse des Vertrages eingetreten sein, sei es, dass die bisher gute Vermögenslage sich inzwischen in eine schlechte verwandelt, sei es, dass die bereits bei Abschluss des Vertrages schlechte Vermögenslage sich noch derart verschlechtert, dass die Ansprüche des Kreditgebers in wesentlich höherem Grade gefährdet werden, selbst wenn die Ursachen hierzu bereits in die Zeit vor dem Vertragsschluss zurückreichen.[6]) Nicht aber kann der Beklagte die Einrede darauf stützen, dass ihm die schlechten Vermögensverhältnisse des Klägers bei Eingehung des Vertrages unbekannt waren. Es bleibt einem Jeden, der Kredit gewähren will, überlassen, sich, bevor er sich dazu verpflichtet, mit der genügenden Sorgfalt nach den Vermögensverhältnissen des Kreditnehmers zu erkundigen. Unterlässt er dies oder hält er im Irrtum befangen, trotz Erkundigung den Andern für kreditwürdig, so muss er die Folgen tragen, da hier Irrtum im Beweggrund vorliegt, und ein solcher nach allgemeiner Regel einflusslos ist.[7]) Hat dagegen der andere Teil durch Betrug diesen Irrtum herbeigeführt, wozu unter Umständen schon arglistiges Verschweigen seiner Vermögensverhältnisse, wenn Treu und Glauben ihm Rede zu stehen geboten, genügen kann, so ist der

[5]) Engelmann S. 218. § 83.

[6]) Scherer S. 160 § 321 Anm. 4; Schreier S. 15.

[7]) Protocolle Bd. I S. 632; Planck 2. Aufl. II. Buch, S. 95 § 321. Anm.; Schlegel S. 45.

ganze Vertrag aus § 123 anfechtbar.[7]) Die Ansicht, dass der Vertrag in gleicher Weise wegen Irrtums angefochten werden könne,[8]) kann nicht gebilligt werden. Nach Scherer, dem Hauptvertreter dieser Ansicht, setzen sich die Protocolle durch die Annahme, dass hier ein unerheblicher Irrtum vorliege, in Widerspruch mit der Vorschrift des § 119 Abs. 2, dass als ein zur Anfechtung einer Willenserklärung genügender Irrtum auch derjenige gelte, welcher im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenchaften der Person oder Sache betreffe. Es ist zuzugeben, dass der § 119 Abs. 2 Fälle des Irrtums im Motive behandelt, er stellt insofern eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1 dar, aber nicht richtig ist, dass der Irrtum über die Vermögenslage des Vertragsgegners hierunter fällt. Die Bestimmung des Abs. 2 bringt gegenüber dem heutigen gemeinen Recht nichts Neues;[9]) Eigenschaften der Person, welche im Verkehr als wesentlich angesehen werden, sind diejenigen, welche nach heutigem Recht diesen Charakter haben, also nur solche, die sich als Individualisierungsmerkmale darstellen.[10]) Treffend ist die Definition für dieselben bei Cosack:

„Wirklich wesentlich sind nur solche Eigenschaften,
„welche nach der Verkehrsanschauung geradezu
„das „Wesen" der Person oder Sache bestimmen.[11])

---

[8]) Scherer S. 161. § 321 Anm. 5; Neumann S. 165, § 321, Anm. 1; Türk S. 551; Schreier S. 16.

[9]) Kuhlenbeck Bd. I S. 78 § 119 Anm. 3; v. Buchka S. 29.

[10]) Windscheid 7. Aufl. Bd. I S. 204—206 § 76a Anm. 11; Dernburg 3. Aufl. Bd. I S. 238 § 102.

Die gegenteiligen Ausführungen bei Türk S. 554 ff. sind nicht überzeugend. Türk kommt zu seinen Ergebnissen, indem er im Gegensatz zu den Protokollen S. 631 f und der Mehrzahl der Schriftsteller nicht vom gemeinen Recht sondern vom A. L. R. ausgeht. Zuzugeben ist ihm nur, dass, wer sich die Solvenz ausdrücklich bedungen hat, zur Anfechtung nach § 119 Abs. 1 befugt ist. Türk S. 551 f.

[11]) Cosack Bd. I S. 207 § 64.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Regelfalle und derjenigen des § 321 liegt darin, dass der Letzteren vom Kläger durch Sicherheitsleistung begegnet werden kann. Es lag kein Grund vor, dem Beklagten auch in dem Ausnahmefalle des § 321 die Befugnis, durch die Einrede die Erfüllung durch den Kläger zu erzwingen, zu gewähren. Das Gesetz sieht nicht die Vorleistungspflicht völlig als nicht übernommen an, sondern es will den Beklagten nur gegen die Vermögensnachteile schützen, welche ihm durch die Verschlechterung der Vermögenslage seines Vertragsgegners nach Uebernahme dieser Pflicht drohen. Leistet der Kläger Sicherheit, so bleibt die Vorleistungspflicht des Beklagten von Bestand.[12])

§ 10.

III. Erweiterungen des Anwendungsgebiets.

Es ist bisher von dem Regelfalle ausgegangen, dass eine der Parteien eines gegenseitigen Vertrages die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ihrem Gegner entgegensetzt, weil derselbe die ihm nach dem Vertrage obliegende Leistung nicht bewirkt hat. Es steht ihr aber die Einrede nicht nur gegen den ursprünglichen Vertragsgegner und jeden, welcher dessen Rechte geltend macht, sei es, dass er vertragsmässig in das Verhältniss eingetreten ist, wie der Cessionar, sei es, dass er aus anderem Titel die Rechte des ursprünglichen Vertragsgegners geltend zu machen befugt ist, wie der pfändende Gläubiger oder der Konkursverwalter nach § 15 der alten, § 17 der neuen Konkursordnung[1]) sondern auch gegen den Dritten zu, der aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage ein eigenes Klagerecht hat.

[12]) Endemann Bd. I S. 536 § 124 Anm. 11; Schlegel S. 45.

[1]) Motive Bd. II S. 43; Scherer S. 73 § 273 Anm. 4.

Die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob bei Verträgen zu Gunsten Dritter der Dritte ein Recht erst durch seinen Beitritt erlange, oder ob durch stillschweigende Cession das Recht der einen Partei als auf ihn erstreckt anzusehen sei, oder ob endlich das Recht des Dritten unmittelbar kraft des Vertragswillens zur Entstehung gelange,[2]) ist durch das Bürgerliche Gesetzbuch dahin entschieden, dass es völlig dem Willen der Parteien überlassen bleibt, ob sie dem Dritten ein unmittelbares Recht gewähren wollen, oder nicht, ob dasselbe ihm sofort zustehen soll, oder nur unter gewissen Voraussetzungen, sowie ob es gegen seinen Willen entziehbar oder abänderlich sein soll. Hat der Dritte nach dem Willen der Parteien das Recht erworben, so stehen ihm nach § 334 auch die Einwendungen des Versprechenden aus dem Vertrage entgegen, also bei gegenseitigen Verträgen auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Was dagegen später, das heisst, nachdem sein Recht nach dem Willen der Parteien ein selbstständiges geworden ist, von den Parteien vereinbart wird, bewährt ihn und sein Recht nicht, darauf gestützte Einreden stehen ihm nicht entgegen. Selbstverständlich kann, da Art und Umfang des Rechtes des Dritten lediglich durch den Vertrag bestimmt werden, durch diesen sein Recht auch von allen Einwendungen unabhängig gemacht werden.[3])

2. Nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über das vertragsmässige Rücktrittsrecht in §§ 346 bis 361, welche entsprechende Anwendung auch in den Fällen des gesetzlichen Rücktrittsrechtes finden,[4]) entsteht durch die Erklärung eines Teils, zurückzutreten, die obligatorische Verpflichtung beider Parteien,

[2]) Windscheid 7. Aufl. Bd. II S. 194 § 316a; Dernburg 3. Aufl. Bd. II S. 52 § 18, insbes. Anm. 7; Motive Bd. II S. 266.

[3]) Protokolle Bd. I S. 769; Ostermeyer S. 98.

[4]) Motive Bd. II S. 280.

sich die Leistungen aus dem Vertrage, soweit dieselben bereits erfolgt waren, zurückzugeben. Nach § 348 hat dies Zug um Zug zu geschehen, und die §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung. Beabsichtigen dagegen die Parteien, dass die Rücktrittserklärung als Resolutivbedingung wirken soll, so müssen sie dies besonders vereinbaren.[5]) Diese Einrede der nicht erfüllten Rückgewährpflicht[6]) giebt also jedem Teile das Recht, die ihm obliegende Rückgabe bis zur Bewirkung der gleichen Leistung seitens des Andern zu verweigern, dies Recht steht ihm nach § 320 Abs. 1 Satz 2 auch zu, wenn er an Mehrere zurückzugeben hat; es ist ihm versagt nach § 320 Abs. 2, wenn die Geltendmachung desselben nach den Umständen gegen Treu und Glauben verstossen würde; Abwendung der Einrede durch Sicherheitsleistung ist ausgeschlossen. Ist Klage erhoben, so hat die Einrede nach § 322 die Wirkung einer Verurteilung zur Rückgewähr Zug um Zug. Das ganze Verhältnis ist also so anzusehen, als ob die Verpflichtungen auf einem gegenseitigen Vertrage beruhten.

Der § 348 schreibt ausdrücklich Erfüllung Zug um Zug vor, und führt demgemäss den § 321 nicht an, denn eine Vorleistungspflicht ist ausgeschlossen; aus dem gleichen Grunde dürfte aber auch § 322 Abs. 2, obwohl in § 348 mit angeführt, bei dieser Einrede nicht zur Anwendung kommen können.[7])

C. Verteilung der Beweislast.

§ 11.

I. Regelmässige Verteilung.

1. Für das gemeine Recht ist unbestritten,[1]) dass

[5]) Motive Bd. II S. 281.

[6]) Neumann S. 176 § 348 Anm. 1.

[7]) A. A. scheinbar Kuhlenbeck Bd. I S. 243 § 348, wenigstens zitiert er in Anm. 2 auch diese Vorschrift.

[1]) Motive Bd. II S. 204; Dernburg bürgerl. Recht, 2. Aufl. II. S. 204 Anm. 5.

beim Vorschützen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch den Beklagten im Regelfalle der Kläger zu beweisen hat, dass er bereits erfüllt habe, bezüglich, dass Beklagter vorzuleisten verpflichtet sei. Das Gleiche wird für das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches allgemein und mit Recht angenommen. Freilich ist der diesen Satz ausdrücklich aussprechende § 366 des I. Entwurfs gestrichen, doch haben damit nicht die in ihm ausgesprochenen Rechtsregeln beseitigt werden sollen.[2]) Eine Aenderung dieser dem gemeinen Recht entsprechenden Beweisvorschrift hätte durch ausdrückliche Hervorhebung gekennzeichnet werden müssen. Die fortdauernde Geltung desselben ergiebt sich aber nicht nur aus den Worten des Gesetzes in den §§ 320, 322, „er kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern", sondern sie folgt auch aus nachstehender Erwägung: Im I. Entwurfe folgte der Regel im § 366 die Ausnahme in § 367 Satz 2. Diese Ausnahme ist nicht gestrichen, sondern in erweiterter und geänderter Fassung in den § 363 des bürgerlichen Gesetzbuches übergegangen.[3]) Wenn in § 363 aber hervorgehoben wird, dass unter gewissen Umständen der Beklagte beweispflichtig werde, so ergiebt sich daraus die notwendige Folgerung, dass im Regelfalle der Kläger beweispflichtig sei.

2. Diese Verteilung der Beweislast ist auffällig, da sie der Regel, dass echte Einreden vom Beklagten zu beweisen sind, zu widersprechen scheint. Jedenfalls hat dieser Umstand auch nicht wenig zur Verbreitung der Ansicht beigetragen, dass die Einrede in Wahrheit nur ein Leugnen des Klageanspruchs sei, denn für die Anhänger dieser Theorie war die Verteilung der Beweislast selbstverständlich, leugnete der

[2]) Oben § 2. Ferner Stammler S. 98 Anm. 5; Endemann 4. Aufl. Bd. I S. 534 § 124 Anm. 7; Leske S. 147 Anm. 4.

[3]) Protokolle Bd. I S. 637.

Beklagte, so musste eben der Kläger seinen Klageanspruch beweisen.

Die regelmässige Erklärung für die Belastung des Klägers mit dem Beweise ist die folgende: Beklagter macht nicht etwa geltend, dass der Kläger noch nicht geleistet habe, sondern er beruft sich darauf, dass aus dem gegenseitigen Vertrage auch eine Verpflichtung des Klägers entstanden sei, und dass Kläger gegen die Absicht des Vertrages verstosse, wenn er fordere, ohne selbst zu leisten.[4]) Was der Beklagte geltend macht, muss er auch beweisen, er hat also nach dieser Erklärung nachzuweisen, dass der Klage ein gegenseitiger Vertrag zu Grunde liegt, aus welchem auch der Kläger ihm verpflichtet ist, soweit dies nicht schon aus dem Klagevorbringen erhellt. Dem Kläger bleibt es dann überlassen, den Nachweis zu führen, dass er seine Verpflichtung erfüllt habe, oder dass ausnahmsweise dem Beklagten eine Vorleistungspflicht zur Last falle.

Der gegen die Windscheid'sche Ansicht erhobene Angriff,[5]) dass diese Erklärung nur in den Fällen zutreffen könne, in welchen eine Gegenverpflichtung des Klägers bestehe, nicht aber dann, wenn für denselben eine Verpflichtung nicht entstanden sei, weil der Vertrag auf seiner Seite nicht bindend war, ist für das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches bedeutungslos geworden, da es negotia claudicantia im gemeinrechtlichen Sinne nach dem bürgerlichen Gesetzbuche nicht mehr giebt.[6]) Indessen empfiehlt es sich trotzdem

[4]) Windscheid 7. Aufl. Bd. II S. 205 § 321 Anm. 3; ähnlich André S. 47. — Für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches besonders Planck 2. Aufl. II. Buch S. 95 § 322 Anm. 1; Endemann 4. Aufl. Bd. I S. 534 § 124 Anm. 7.

[5]) Ryck S. 318.

[6]) Auf die Natur der negotia claudicantia nach dem Recht des B.G.B. — cf. Heutner S. 16 ff. — kann hier nicht eingegangen werden. Es handelt sich bei der Einrede des nicht erfüllten Ver-

mit Ryck aus der gebräuchlichen Erklärung den Satz, dass der Beklagte behaupte, der Kläger sei ihm aus diesem Vertrage verpflichtet, zu streichen. Nach § 320 kann der Verpflichtete die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Er behauptet also und beweist nötigenfalls, dass seine Verpflichtung aus einem gegenseitigen Vertrage entspringe, und erklärt gleichzeitig, von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch machen zu wollen. Auf weiteres braucht er sich nicht einlassen, insbesondere braucht er nicht behaupten und beweisen, dass der Kläger auch eine Verbindlichkeit zu erfüllen habe, denn das ist nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuches bei jedem gegenseitigen Vertrage der Fall.

Die bisherige Formulierung könnte zu der irrtümlichen Annahme Anlass geben, dass der Beklagte auch beweisen müsse, dass die Verpflichtung des Klägers noch jetzt bestehe.

3. Ungünstiger ist die Stellung des Beklagten hinsichtlich der Beweislast, wenn eine Vorleistungspflicht besteht.

a. Behauptet derselbe, der Kläger habe vertragsmässig vorzuleisten, so muss er dies beweisen, denn Erfüllung Zug um Zug ist die Regel.[7]) Behauptet er dagegen das Bestehen einer gesetzlichen Vorleistungspflicht des Klägers, so hat er nur zu beweisen, dass bei dem Vertrage, aus welchem geklagt wird, gesetzlich Vorleistungspflicht besteht, Sache des Klägers ist es dann, nachzuweisen, dass dieselbe in dem zur Frage stehenden Falle vertragsmässig ausgeschlossen ist.

b. Macht der vorleistungspflichtige Beklagte geltend, dass der Fall des § 321 vorliege, so liegt ihm

trages nur um das Stadium der Erfüllung des Vertrages, in welchem, wie auch Keutner S. 23 anerkennt, die Grundsätze der Gegenseitigkeit stets Platz greifen.

[7]) Scherer S. 159 § 320 Anm. 6.

ob, den Vermögensverfall seines Gegners und ferner zu beweisen, dass derselbe erst nach dem Vertragschlusse eingetreten ist, denn er muss den Nachweis führen, dass ihm die Einrede überhaupt zusteht.

§ 12.

II. Umkehrung der Beweislast.

1. In welchen Fällen tritt nun eine Ausnahme von der Regel, eine Umkehrung der Beweislast ein? Das ist diejenige Frage aus der ganzen Lehre, welche praktisch die weitaus am häufigsten vorkommende, aber auch Mangels fester Grundsätze für die Entscheidung im gemeinen Recht am verschiedenartigsten beantwortete ist.[1])

Nach Windscheid's Ansicht[2]) sind in dieser Beziehung die engsten Grenzen zu ziehen, nur wenn der Beklagte eine Leistung vom Kläger angenommen und dieselbe damit als Erfüllung der Verbindlichkeit des Klägers anerkannt hat, soll ihn die Beweislast treffen, wenn er nachträglich geltend machen will, jene Leistung sei doch keine Erfüllung gewesen.

Die entgegengesetzte Ansicht[3]) will den Kläger stets nur mit dem Beweise belasten, dass er eine Leistung vorgenommen habe, welche unter normalen Verhältnissen sich als Erfüllung darstellen würde, behaupte dagegen der Beklagte Thatsachen, welche ausnahmsweise die Erfüllung ausschliessen, so müsse er dieselben beweisen. Dieser Ansicht hat sich im Allgemeinen Dernburg angeschlossen.[4]) Nach ihm kommt die Frage, ob eine Annahme erfolgt sei, erst in zweiter Linie in Betracht, Kläger habe seinen Verpflichtungen

[1]) André S. 17.
[2]) Windscheid 7. Aufl. Bd. II S. 206 § 321 Anm. 6.
[3]) André S. 59.
[4]) Dernburg 3. Aufl. Bd. II S. 60 § 21.

auch schon genügt, wenn er die dem äusseren Anschein nach vertragsmässige Leistung dem Beklagten anbot. Er müsse also entweder Leistung oder Angebot beweisen und ausserdem, dass der Gegenstand der Leistung bezüglich des Angebots von äusserlich dem Vertrage entsprechender Beschaffenheit war. Komme eine vorbehaltlose Annahme hinzu, so sei ordnungsmässige Leistung zu vermuten, und Kläger auch von letzterem Beweise frei.

2. Der Standpunkt des bürgerlichen Gesetzbuches hat sich in dieser Frage seit dem I. Entwurf vollständig geändert. Der I. Entwurf kannte überhaupt keine Umkehrung der Beweislast bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Nach dem bereits angeführten § 367 Satz 2 des I. Entwurfs sollte der Beklagte, der eine Leistung als Erfüllung angenommen hatte, zwar in Ansehung der von ihm behaupteten Mangelhaftigkeit beweispflichtig sein, aber auf den Mangel durfte er nach Satz 1 keine Einrede des nicht erfüllten Vertrages stützen, sondern nur die ihm sonst zustehenden Ansprüche geltend machen.

Dieser § 367 ist aus der Lehre von den gegenseitigen Verträgen vollständig verschwunden, der ihm entsprechende § 363 des bürgerlichen Gesetzbuches steht in der Lehre von der Erfüllung, woraus zu folgern ist, dass die in ihm enthaltenen Rechtssätze nicht nur auf gegenseitige Verträge, sondern für die Erfüllung von Schuldverhältnissen allgemein Anwendung finden.

Die beiden Paragraphen weichen in doppelter Hinsicht von einander ab. Einmal ist, wie bereits hervorgehoben,[5]) die Beschränkung der Rechte des Beklagten beseitigt, zweitens ist für gewisse Fälle der Einrede des nicht erfüllten Vertrages eine Umkehrung der Beweislast eingeführt.[6]) Eine solche kann

[5]) Oben § 7 No. II.

[6]) Protokolle Bd. I S. 637.

eintreten auf Grund des § 363 in allen Fällen, in welchen zwar eine Leistung erfolgte, aber der Empfänger behauptet, dieselbe sei eine andere als die geschuldete, unvollständig oder mangelhaft gewesen, mit alleiniger Ausnahme des Falles, dass der Empfänger einer Speciesleistung die Einrede auf Mängel im Rechte stützt, welcher besondere Regelung gefunden hat. Der § 363 spricht zwar nicht von mangelhafter Erfüllung, aber, wie bereits nachzuweisen versucht ist,[5]) ist in den Fällen, in welchen überhaupt auf mangelhafte Erfüllung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gestützt werden kann, wieder mit Ausnahme der auf Mängel im Rechte gestützten Einrede, mangelhafte Leistung nichts weiter, als Leistung von etwas Anderem, als geschuldet war, oder teilweise Leistung, und ist deshalb im § 363 nicht noch ausdrücklich genannt.

In der Frage nun, unter welcher Voraussetzung bei einer derartigen Leistung der Empfänger beweispflichtig wird, nähert sich das Bürgerliche Gesetzbuch sehr der Windscheid'schen Ansicht. Nicht schon Leistung, oder gar blosses Angebot befreit den Schuldner von der Beweislast, auch nicht jede Annahme seitens des Empfängers,[7]) sondern nur eine Annahme als Erfüllung. Ob die Annahme diesen Charakter hat, ist im einzelnen Falle zu untersuchen, ein regelmässiges äusseres Kennzeichen dafür giebt es nicht, insbesondere hat das Gesetz es absichtlich vermieden, die Umkehrung der Beweislast davon abhängig zu machen, dass die Annahme ohne Vorbehalt erfolgt sei, um der Benachteiligung von weniger rechtskundigen Vertragsparteien vorzubeugen.[8]) Vielmehr ist entscheidend ein innerliches Moment, die Absicht des Empfängers. Dieselbe wird sehr selten ausdrücklich erklärt werden, regelmässig wird sie sich nur durch sein Verhalten bei und

[5]) Oben § 7 No. II.

[7]) Cosack Bd. I S. 353 § 108.

[8]) Motive Bd. II S. 205; Protokolle Bd. I S. 637.

nach der Vornahme der Leistung nachweisen lassen.[9]) Sind die zu leistenden Gegenstände unmittelbar aus der Hand des Schuldners in diejenige des Gläubigers übergegangen, so wird regelmässig Annahme als Erfüllung angenommen werden müssen, anders aber bei der Entgegennahme übersandter Waaren, da hier eine Annahme regelmässig nötig sein wird zur Prüfung derselben auf ihre Vertragsmässigkeit. Hier muss noch etwas Weiteres zur Annahme hinzukommen, wie Empfangsanzeige, Verwertung der Waren, Behalten derselben über die zur Prüfung erforderliche Zeit hinaus, um derselben den Charakter einer Annahme als Erfüllung zu geben.[10])

Für den Nachweis der Absicht des Empfängers wird ein etwa bei der Annahme ausgesprochener Vorbehalt übrigens doch, wenn an denselben auch nicht die Umkehrung der Beweislast geknüpft ist, von erheblicher Bedeutung sein, denn mag derselbe allgemein ausgesprochen sein, oder sich auf ganz bestimmte Ausstände an der Leistung beziehen, fast immer wird darin die Erklärung des Empfängers zu sehen sein, dass er mit dieser Leistung seinen Anspruch nicht als erfüllt angesehen wissen wolle.

Freilich wird in Folge des hiernach dem richterlichen Ermessen gewährten Spielraums eine gewisse Ungleichmässigkeit in der Entscheidung unvermeidlich sein, aber dieser Uebelstand wird sich doch in weit geringerem Masse zeigen, als nach gemeinem Recht, und muss hingenommen werden, um es zu ermöglichen, dass im einzelnen Falle nach Billigkeit entschieden werde.

Liegt nun Annahme als Erfüllung vor, so verteilt sich die Beweislast in folgender Weise. Der Beklagte

[9]) Oertmann S. 98 § 363 Anm. 1; Dernburg, Bürgerl. Recht, 2. Aufl. II S. 257.

[10]) Planck 2. Aufl. II. Buch S. 142 § 363 Anm. 1; Dernburg, Bürgerl. Recht, 2. Aufl. II S. 258.

beweist zunächst, wie im Regelfalle, dass es sich um einen gegenseitigen Vertrag handele, sofern dies nicht schon aus dem Vorbringen des Klägers erhellt, dieser hat sodann zu beweisen, dass er leistete, und dass seine Leistung als Erfüllung angenommen wurde. An die Führung dieses Beweises knüpft dann das Gesetz die Umkehrung der Beweislast für die Frage nach der Ordnungsmässigkeit der geschehenen Leistung.

3. Die Annahme als Erfüllung kann eine weitergehende Wirkung haben; sie kann einmal bewirken, dass das Vorbringen des Beklagten gegen Treu und Glauben verstösst, und sie kann zweitens einen Verzicht auf die Geltendmachung der Mängel,[10])[11]) eine Annahme an Erfüllungsstatt, oder eine Einwilligung in die Teilung der Leistung des Schuldners enthalten. Derartige Erklärungen dürften indes in der Annahme als Erfüllung nur dann erblickt werden können, wenn entweder der Empfänger sich ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten in dieser Weise erklärte,[12]) oder wenn er bei der Annahme Kenntnis von der Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes hatte.[10]) Ob der blossen Kenntnis des Empfängers bei der Annahme diese weitergehende Wirkung beizumessen sei, ist regelmässig eine nach den Umständen des Falles zu lösende Frage. Nur für den Gattungskauf und den Werkvertrag ist durch §§ 480, 464 und § 640 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, dass bei Annahme in Kenntnis eines Mangels der Gläubiger seine Rechte gegen den Schuldner verliert, wenn er sie sich nicht bei derselben vorbehält.

4. In denjenigen Fällen, in welchen der Beklagte aus einem auf Veräusserung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichteten Vertrage die

[10]) Planck 2. Aufl. II. Buch S. 142, § 363 Anm. 1.
[11]) Motive Bd. II S. 205; Landé S. 99 § 363 Anm. 3.
[12]) Oben § 8.

Einrede auf Mängel im Rechte stützt,[13]) gelten nicht die bisher entwickelten Regeln,[14]) vielmehr hat derselbe nach § 442 stets, wenn ihm der betreffende Gegenstand geleistet wurde, auch wenn er ihn nicht als Erfüllung annahm, im Bestreitungsfalle die von ihm behaupteten Mängel zu beweisen.

Der § 442 gilt nicht nur für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sondern für alle Ansprüche, die der Beklagte auf Mängel im Rechte nach § 440 Abs. 1 stützen kann, wie Schadensersatzanspruch, Rücktrittsrecht; deshalb spricht der § 442 auch nicht von bereits geschehener Leistung; dass eine solche aber bereits erfolgt sei, ist für den hier behandelten Fall notwendig, denn fehlt es noch an dieser, so stützt der Beklagte seine Einrede nicht auf Mängel im Recht, sondern darauf, dass überhaupt noch nicht geleistet sei, und ist dann selbstverständlich vom Beweise frei.

§ 13.

III. Giebt es eine besondere Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages?

Im Anschlusse an die Erörterung der Regeln über die Beweislast ist noch kurz auf die Frage einzugehen, ob es eine von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages verschiedene Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches giebt. Nach gemeinem Recht bezeichnet man mit diesem Namen häufig das Vorbringen des Beklagten, mit welchem er bezweckt, ein ihm von der Rechtsordnung anderweit verliehenes selbstständiges Recht, z. B. auf Preisminderung, Wandelung, Schadensersatz einredeweise geltend zu machen.[1]) Derartige,

[13]) Oben § 7 No. I 3.

[14]) Planck 2. Aufl. II. Buch S. 232 § 440 Anm. 2; Schollmeyer S. 9 und S. 36.

[1]) Dernburg 3. Aufl. Bd. II S. 61 § 21; André S. 56 f.; Oertmann S. 98 § 363 Anm. 2. — Ryck S. 323 f. sieht in dem einredeweisen Vorbringen des Preisminderungsrechts die eigentliche exceptio non rite adimpleti contractus.

auf besonderem Rechtsgrunde beruhende Einreden sind, wie schon in der Einleitung hervorgehoben ist, aus einer Erörterung des lediglich aus der rechtlichen Natur der gegenseitigen Verträge sich ergebenden Gegenrechts des Beklagten auszuscheiden.

Man bezeichnet im gemeinen Recht als exceptio non rite adimpleti contractus ferner diejenigen Fälle der Einrede, in welchen der Beklagte sich darauf stützt, dass die Leistung des Klägers zur Erfüllung von dessen Verbindlichkeit nicht genügend, sondern mangelhaft oder unvollständig gewesen sei, oder in etwas Anderem, als dem Geschuldeten bestanden habe.[2]) Diejenigen Schriftsteller, welche in den genannten Fällen stets eine Umkehrung der Beweislast eintreten lassen, weil bei ihnen der Kläger dem äusseren Anschein nach vertragsmässig erfüllt hat, und der Beklagte Thatsachen behauptet, welche ausnahmsweise die Erfüllung ausschliessen,[3]) sind naturgemäss Verteidiger dieser besonderen Einrede, denn in der abweichenden Verteilung der Beweislast sehen sie gerade die rechtliche Eigentümlichkeit derselben. Es bildet zwar diese Beweisregel zugleich den einzigen Unterschied von der gewöhnlichen Einrede des nicht erfüllten Vertrages,[4]) aber für diese Ansicht lässt sich immerhin die Aufstellung eines besonderen Einredebegriffes rechtfertigen, da nach derselben alle darunter gehörigen Fälle in ihrer Besonderheit unter sich gleichmässig und von den Fällen der gewöhnlichen Einrede des nicht erfüllten Vertrages verschieden sind.

Dagegen erklärt sich Windscheid gegen die Annahme einer besonderen exceptio,[5]) und ihm muss man für das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches folgen,

---

[2]) Windscheid 7. Aufl. Bd. II S. 205 § 321 Anm. 3a; Dernburg 3. Aufl. Bd. II S. 60 § 21.

[3]) André S. 60; Dernburg a. a. O.

[4]) André S. 120.

[5]) Windscheid 7. Aufl. Bd. II. S. 206 § 321 Anm. 5.

denn dasselbe kennt keine gleichmässigen Wirkungen der auf nicht gehörige Erfüllung gestützten Einreden. Eine Umkehrung der Beweislast, welche ja nach André und Dernburg gerade das Kennzeichen dieser besonderen Einrede ist, tritt nur bei einem Teile der hierher zu zählenden Fälle ein, nämlich dann, wenn die nicht gehörige Leistung als Erfüllung angenommen wurde, ist dies nicht geschehen, so greift die regelmässige Verteilung der Beweislast Platz, und diese Fälle der angeblich besonderen Einrede unterscheiden sich in Nichts von den Fällen der gewöhnlichen Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt also nicht den Begriff einer besonderen Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages, und da sich ausserdem in ihm auch diese Bezeichnung nicht vorfindet, so dürfte es sich empfehlen, den Ausdruck überhaupt aus der Rechtssprache auszumerzen. Die Verwendung desselben kann nur zu dem Irrtum führen, dass damit die Fälle des § 363 zu bezeichnen seien; dass aber in diesen keine besondere Einrede erblickt werden kann, liegt auf der Hand, denn der § 363 belastet den Beklagten mit dem Beweise nicht wegen seines besonderen Vorbringens, der Beklagte behauptet hier ebenso wie im Regelfall, dass die geschehene Leistung keine Erfüllung sei, sondern wegen seines besonderen Verhaltens bei Gelegenheit der von ihm jetzt angefochtenen Leistung.

D. Wirkung der Einrede.

§ 14.

I. Wirkung bei Verträgen auf Leistung Zug um Zug.

1. Den Parteien eines gegenseitigen Vertrages ist es überlassen, ob sie auf Leistung gegen Gegenleistung oder auf Leistung schlechthin klagen wollen. Ersterenfalls ist für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

kein Raum, letzterenfalls bleibt es dem Beklagten überlassen, das Abhängigkeitsverhältnis der beiden Obligationen durch die Einrede zur Geltung zu bringen. Gelingt dem Kläger nicht der Nachweis, dass er bereits erfüllt habe, oder dass Beklagter vorleistungspflichtig sei, so ist die Wirkung der Einrede nach § 322 Abs. 1 die gleiche, wie wenn von vornherein auf Leistung Zug um Zug geklagt wäre. Diese Wirkung tritt ohne Zuthun des Klägers ein, insbesondere braucht derselbe nicht sein Klagebegehren in den Antrag auf Leistung Zug um Zug umzuwandeln.[1]) Es ist zwar richtig, dass der Kläger seinen Antrag nach Erhebung der Einrede in dieser Weise umwandeln kann, ohne dass darin eine unzulässige Klageänderung zu erblicken wäre, aber er ist hierzu durch das Gesetz nicht genötigt, dasselbe lässt vielmehr in § 322 Abs. 1 die Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug unmittelbar als Wirkung der Geltendmachung der Einrede eintreten.

Von solchen Urteilen wird dem Kläger eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt, ohne dass er nachzuweisen braucht, dass er dem Schuldner geleistet oder angeboten habe. Es ist dies schon für das geltende Recht anerkannt,[2]) und für das neue Recht ausserdem durch einen dem bisherigen § 664, jetzigen § 726 der Civilprocessordnung angefügten Absatz 2 ausdrücklich hervorgehoben. Eine Ausnahme besteht nur für den Fall, dass die zu erzwingende Leistung des Schuldners in der Abgabe einer Willenserklärung besteht, da eine solche nach § 779 der alten, § 894 der neuen Civilprocessordnung Absatz 1 Satz 2 als abgegeben gilt bei der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils. Die Prüfung der Frage, ob der Kläger seinerseits die ihm nach dem Urteil

[1]) Oertmann S. 69 § 322 Anm. 2; Otto S. 672. — Dagegen Endemann 4. Aufl. Bd. I S. 534 § 124; Neumann S. 165 § 322 Anm. 3.

[2]) Seuffert 7. Aufl. S. 851 § 664 Anm. 2.

obliegende Leistung bewirkt habe, oder gleichzeitig bewirke, ist also dem Gerichtsvollzieher, bezüglich dem Vollstreckungsgericht überlassen. Muss Kläger das Gericht um Vollstreckung angehen, so muss er demselben nach § 765 der neuen Civilprocessordnung den Nachweis führen, dass er den Schuldner befriedigt oder in Annahmeverzug versetzt habe, in diesem Falle wird also sein Recht, nur Zug um Zug zu leisten, illusorisch, denn er muss thatsächlich vorleisten, bezüglich Vorleistung anbieten. Kann dagegen der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung vornehmen, so ist es dem Kläger durch § 756 der neuen Civilprocessordnung gestattet, anstatt der Führung dieses Nachweises den Gerichtsvollzieher selbst zu beauftragen, vor Beginn der Zwangsvollstreckung dem Schuldner die ihm gebührende Leistung anzubieten nach den Vorschriften der § 293 ff des Bürgerlichen Gesetzbuches. Der Beklagte gerät nach § 298 des Bürgerlichen Gesetzbuches in Annahmeverzug, wenn er zwar die angebotene Leistung nehmen will, aber dabei die verlangte Gegenleistung nicht anbietet. Der Gerichtsvollzieher braucht also die Leistung seines Auftraggebers nicht eher aus den Händen zu lassen, als bis ihm in derselben Weise die Gegenleistung angeboten wird. Hier liegt also eine thatsächliche Leistung Zug um Zug vor, sofern der Schuldner annimmt und gleichzeitig leistet. Gerät er dagegen in Annahmeverzug, so ist der Gerichtsvollzieher nach § 756 der neuen Civilprocessordnung befugt, ohne weiteres mit der Zwangsvollstreckung zu beginnen.

Selbstverständlich gewährt ein solches Urteil einen Vollstreckungstitel nur für den Kläger, sein Gegner hat lediglich die Stellung eines Verurteilten und muss abwarten, ob der Kläger seine Rechte aus dem Urteil zur Durchführung bringen, und zu dem Zweck ihn, den Beklagten, gleichzeitig befriedigen wird. Zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels für letzteren würde

es neben der einredeweisen Geltendmachung der Gegenforderung auch noch einer Geltendmachung durch Widerklage bedürfen.[3])

2. Verurteilung zur Leistung Zug um Zug tritt auch ein, wenn die Einrede von einem im Annahmeverzuge befindlichen Beklagten geltend gemacht wird,[4]) denn das Gesetz kennt nach Erhebung der Einrede bei gegenseitigen, Zug um Zug zu erfüllenden Verträgen, sofern noch beide Leistungen möglich sind, keine andere Verurteilung. Der gegenseitige Vertrag ändert durch den Annahmeverzug seinen Charakter nicht, der Beklagte verliert nicht seinen Anspruch auf die Gegenleistung, sondern nur die Haftung des Klägers wird nach § 300 eine leichtere. Hinterlegt der Kläger dagegen die zu leistende Sache, so befreit er sich nicht nur nach § 379 Abs. 2 von jeglicher Haftung, sondern da die Hinterlegung die Erfüllung vertritt, kann er den Beklagten auf die hinterlegte Sache verweisen, und so die Einrede und ihre Wirkung auf die Verurteilung beseitigen.[5])

Deshalb versagt das Gesetz im Gegensatz zur herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts[6]) wegen Annahmeverzuges die Einrede nicht. Das kann nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr, wie nach gemeinem Recht, zu Härten für den Kläger führen, da die Einrede keine Abweisung desselben zur Folge haben kann. Eine Berücksichtigung des Annahmeverzuges im Urteil, abgesehen von dem später zu besprechenden Fall,[7]) dass die Leistung des Klägers während desselben unmöglich wird, ist nur noch hinsichtlich der Kostenentscheidung denkbar.[5])[8]) Eine

[3]) Cosack Bd. I S. 302 § 86; Schreier S. 8.
[4]) Motive Bd. II S. 201.
[5]) Oertmann S. 68 § 320 Anm. 6.
[6]) André S. 140.
[7]) Unten § 16.
[8]) Dernburg. Bürgerl. Recht 2. Aufl. II S. 204 Anm. 6.

Ausnahme macht der § 615 für den Dienstvertrag. Ist der Berechtigte in Annahmeverzug, so kann der Verpflichtete die Vergütung verlangen, ohne zu nachträglicher Dienstleistung verpflichtet zu sein. Dem Berechtigten wird also die Einrede des nicht erfüllten Vertrages versagt, nur Anrechnung des durch den Verpflichteten Ersparten oder anderweit Erworbenen bezüglich böswilliger Weise nicht Erworbenen kann er verlangen.

Von erheblicher Bedeutung ist dagegen ein etwaiger Annahmeverzug für die Zwangsvollstreckung. Es ist oben bereits gezeigt, dass der Gerichtsvollzieher bei Annahmeverzug in der Zwangsvollstreckungsinstanz nach § 756 der neuen Civilprocessordnung die Befugnis hat, mit der Zwangsvollstreckung zu beginnen. Geriet aber der Beklagte schon früher in Annahmeverzug, so findet nach § 322 Abs. 3 die Vorschrift des § 274 Abs. 2 Anwendung, wonach der Gläubiger berechtigt ist, das erstrittene Urteil ohne Bewirkung der Gegenleistung, also ebenso, als ob es den Beklagten schlechthin zur Leistung verurteilte, vollstrecken zu lassen.[9]) Freilich muss er, da ja das Urteil auf Erfüllung Zug um Zug lautet, dem Gerichtsvollzieher bezüglich dem Vollstreckungsgericht nach §§ 756/765 der neuen Civilprocessordnung den Nachweis, dass der Schuldner im Annahmeverzug sei, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden führen, und ferner nachweisen, dass eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

§ 15.

II. Wirkung bei Vorleistungspflicht.

1. Ist der Beklagte vorleistungspflichtig, so ist, wie bereits hervorgehoben,[1]) für die Einrede kein Raum, auch nicht, wenn inzwischen die Leistung des Klägers

[9]) Planck 2. Aufl. II. Buch S. 46 § 274 Anm. 2.
[1]) Oben § 9.

ebenfalls fällig geworden ist,[2]) denn der Beklagte kann durch seinen Leistungsverzug seine Lage nicht verbessern. Die einzige Ausnahme von dieser Regel ist diejenige des § 321, nach welcher dem Beklagten die Einrede wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Klägers nach Abgabe der Kreditzusage zusteht. Die Wirkung der Einrede ist in diesem Falle eine doppelte, einmal macht mit ihr der Kläger sein Recht auf Befreiung von der übernommenen Pflicht, Kredit zu gewähren, geltend, sie verwandelt den Vertrag in einen Zug um Zug, oder gegen Sicherheitsleistung zu erfüllenden;[1])[3]) zweitens hat sie die regelmässige Wirkung der Einrede, dass der Beklagte nur zur Erfüllung Zug um Zug verurtheilt wird, sofern nicht der Kläger durch rechtzeitige Sicherheitsleistung nach § 232 die drohende Gefährdung des Gegenanspruchs für den Beklagten beseitigt und sich damit seinen Anspruch auf Vorleistung erhalten hat.

2. Ist der Kläger vorleistungspflichtig, so lassen sich drei Fälle unterscheiden.

a. Die Leistung des Beklagten ist noch nicht fällig, sei es, dass sie nach dem Inhalt des Vertrages überhaupt erst fällig werden kann nach Bewirkung der klägerischen Leistung, sei es, dass ein Fälligkeitstermin besteht, der noch nicht herangekommen ist. — Dann ist der Kläger durch Urteil angebrachtermassen abzuweisen, denn sein Recht auf die Gegenleistung besteht zur Zeit noch gar nicht, eine Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug infolge Geltendmachung der Einrede kennt aber das Gesetz nach § 322 Abs. 1 nur, wenn eine geschuldete Leistung eingeklagt wird.

b. Der Termin für die Leistung des Beklagten ist herangekommen, bevor der Kläger seiner Vorleistungspflicht genügt hat. Da jetzt auch die Leistung

[2]) Cosack Bd. I S. 303 § 86.
[1]) Oben § 9.
[3]) Engelmann S. 218 § 83.

des Beklagten fällig ist, kann der Umstand, dass eigentlich der Kläger hätte vorleisten müssen, keine Wirkung mehr ausüben, infolgedessen bewirkt die Einrede hier Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug.[4])

c. Zu Gunsten des Vorleistungspflichtigen, der seinen Gegner in Annahmeverzug versetzt hat, gestattet der § 322 Abs. 2 demselben, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung zu klagen. Das Gesetz legt hier nicht etwa analog dem § 322 Abs. 1 der Einrede des Beklagten die Wirkung bei, dass derselbe auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung verurteilt werde, sondern lässt diese Wirkung nur eintreten, wenn schon die Klage darauf gerichtet ist. Gegen die so formulirte Klage steht dem Beklagten natürlich die Einrede nicht zu. Die Vorschrift ist nur für diejenigen Fälle gegeben, in welchen infolge der Vornahme der Vorleistung die Gegenleistung fällig wird, ihr Zweck ist, dem Kläger die Herbeiführung der Fälligkeit zu ermöglichen. Ist die Leistung des Beklagten bereits fällig, so bedarf es dieser Vorschrift nicht, denn es kann auf Erfüllung Zug um Zug geklagt werden. Besteht dagegen ein noch nicht herangekommener Leistungstermin für den Beklagten, so kann der Kläger nicht durch diese Art der Klage verfrühte Leistung erzwingen, seine Klage ist angebrachtermassen abzuweisen. Ist auf Leistung schlechthin geklagt, so kann der Umstand, dass der Kläger seinen Gegner in Annahmeverzug versetzt hat, einen Einfluss auf die Einrede nicht ausüben, dieselbe hat vielmehr die gewöhnliche Wirkung, war also die Leistung des Beklagten ebenfalls bereits fällig, so tritt Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug ein, war sie noch nicht fällig, so erfolgt Abweisung angebrachtermassen.

Die Vergünstigung des § 322 Abs. 2 ist nach den Worten des Gesetzes nur demjenigen Vorleistungs-

[4]) Cosack Bd. I S. 303 § 86.

pflichtigen gewährt, welcher vorher seinen Gegner in Annahmeverzug versetzt hat, liegt dieser Fall nicht vor, so muss jeder Vorleistungspflichtige erst selbst leisten, bevor er fordern kann. Es ist hieraus ein fernerer Beweis dafür zu entnehmen, dass die gegen den Vorleistungspflichtigen gerichtete Einrede, wenn die Leistung des Beklagten noch nicht fällig ist, Abweisung der Klage angebrachtermassen zur Folge haben muss,[5]) denn wie Stammler mit Recht hervorhebt, wäre es „sinnlos, wenn in solchen Fällen, in denen der Beklagte nicht in Annahmeverzug ist, er auf Leistung Zug um Zug verurteilt, also ungünstiger behandelt werden sollte, als wenn ihm eine Mora zur Last fiele."

Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung findet, da dies Urteil schon Annahmeverzug voraussetzt, stets in derselben Weise statt, wie aus einem Urteile auf Erfüllung Zug um Zug, wenn der Beklagte im Annahmeverzuge ist.[6]) Es folgt dies daraus, dass der die Anwendung des § 274 Abs. 2 auf die Zwangsvollstreckung vorschreibende Absatz 3 des § 322 der Vorschrift, dass bei Annahmeverzug auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung geklagt werden könne, nachfolgt.[7])

§ 16.

III. Einfluss der Unmöglichkeit.

In den bisherigen Erörterungen ist davon ausgegangen, dass noch die Leistung seitens beider Kontrahenten möglich sei, es ist jetzt zu untersuchen, welche Folgen es für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat, wenn die eine oder die andere Leistung unmöglich wird.

a. Liegt eine ursprüngliche Unmöglichkeit vor,

[5]) Stammler S. 100.

[6]) Oben § 14.

[7]) Planck 2. Aufl. II. Buch S. 96 § 322 Anm. 3; Neumann S. 165 § 322 Anm. 5.

das heisst, war eine Leistung schon bei Abschluss des Vertrages unmöglich, so ist nach § 306 der Vertrag nichtig, es kann nur entsprechend der im gemeinen Recht herrschenden Ansicht,[1]) eine Verpflichtung zur Leistung des negativen Vertragsinteresses desjenigen eintreten nach § 307, welcher die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste, eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist also nicht denkbar. Ist die Unmöglichkeit nur eine teilweise, so kommt es nach § 139 darauf an, ob anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen sein würde, ist letzteres nicht der Fall, so ist der ganze Vertrag nichtig, andererseits ist es für den möglichen Teil gültig.

Liegt beim Abschluss des Vertrages blosses Unvermögen zur Leistung auf Seiten eines Kontrahenten vor, so wird hierdurch die Gültigkeit des Vertrages, wieder entsprechend dem gemeinen Recht, nicht berührt.[2])

b. Der nach Abschluss des Vertrages eintretenden Unmöglichkeit ist durch § 275 Abs. 2 das nachträglich eintretende Unvermögen gleichgestellt in der Wirkung, dass der Schuldner durch dieselben frei wird, wenn er die sie herbeiführenden Umstände nicht zu vertreten hat. Es handelt sich hier nur um das Unvermögen zur Leistung einer species, denn nach § 279 hat der Schuldner einer Gattungsobligation sein Unvermögen zur Leistung stets zu vertreten, auch wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.[2a])

Die Gleichstellung zwischen Unvermögen zur Leistung einer species und Unmöglichkeit im § 275

[1]) Motive Bd. II S. 178; Windscheid 7. Aufl. Bd. II S. 186 § 315 Anm. 7. — Dagegen gewährt Dernburg 3. Aufl. Bd. II S. 48 § 16 das positive Vertragsinteresse.

[2]) Heilfron II. Buch S. 199 f; Planck 2. Aufl. II. Buch S. 47 § 275 Anm. 3.

[2a]) Heiliger S. 38.

muss auch für die §§ 323 ff als vorgeschrieben angesehen werden, wenngleich diese Paragraphen nur von der Unmöglichkeit sprechen. Es ergiebt sich dies aus folgender Erwägung. Nach § 323 verliert derjenige, dessen Leistung infolge eines von keinem Teile zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, den Anspruch auf die Gegenleistung, von seiner eignen Leistungspflicht ist er schon nach § 275 frei. Letztere Befreiung ist im gleichen Falle auch dem Schuldner einer species gewährt, der zur Leistung unvermögend wird, sollte nun hier der § 323 keine Anwendung finden, so würde sich das widersinnige Resultat ergeben, dass der unvermögende Schuldner zwar von seiner eigenen Leistung frei wird, dagegen den Anspruch auf die Gegenleistung behält.[3])

Auf die Wirkungen der Unmöglichkeit und des Unvermögens ist von erheblichstem Einfluss der Umstand, wer das Eintreten derselben zu vertreten hat, ein Eingehen indes auf die Frage nach der Vertretungspflicht von Gläubiger und Schuldner, deren Beantwortung nur aus den einzelnen Schuldverhältnissen entnommen werden kann[4]) und auf die Frage nach den Wirkungen der Unmöglichkeit würde das gestellte Thema überschreiten. Es ist auf die einzelnen Wirkungen nur insoweit einzugehen, als nötig ist, um zu zeigen, welchen Einfluss die Unmöglichkeit auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat.

Es ist hierbei zu unterscheiden, ob die Leistung des Beklagten oder des Klägers unmöglich wird.

1. Wird die Leistung des Beklagten unmöglich, so ist eine Einrede nur denkbar, wenn dem Kläger trotzdem Ansprüche gegen denselben zustehen.

---

[3]) Oertmann S. 70 § 323 Anm. 4; Scherer S. 164 §§ 323 bis 325 Anm. 1 erklärt diese Paragraphen für eine unnötige Wiederholung der allgemeinen Bestimmungen über Unmöglichkeit. Dagegen Kuhlenbeck Bd. I S. 224 § 323 Anm. 1.

[4]) Heilfron II. Buch S. 119 ff § 81.

a. Es ist ihm in allen Fällen das Recht gegeben, vom Beklagten Herausgabe desjenigen, was dieser infolge des die Leistung unmöglich machenden Umstandes als Ersatz für den geschuldeten Gegenstand erhielt, bezüglich Abtretung des Anspruchs darauf zu verlangen. Dass ihm dies Recht auch dann zustehe, wenn er den die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand zu vertreten hat, ist in § 324 nicht ausdrücklich hervorgehoben, wie es in den Fällen der §§ 323 und 325 geschehen ist, es kann aber nicht zweifelhaft sein, da dies Recht durch § 281 jedem Gläubiger ohne Unterschied, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat, gewährt wird. Auch würde anderenfalls der Beklagte in unbilliger Weise bereichert, da er ja nach § 324 den Anspruch auf die volle Gegenleistung behält.

Macht der Kläger dies Recht geltend, so ist er auch zur Gegenleistung verpflichtet, und diese kann vom Beklagten durch eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages mit den gewöhnlichen Wirkungen erzwungen werden. Es besteht nur ein Unterschied bezüglich des Umfanges der dem Kläger obliegenden Gegenleistung. hat derselbe die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, so ist er nur zu einer geminderten Gegenleistung verpflichtet, welche sich zu der ursprünglichen Gegenleistung verhält, wie der Wert des erhaltenen Ersatzes zum Wert der vom Beklagten ursprünglich geschuldeten Leistung; hat der Kläger dagegen die Unmöglichkeit zu vertreten, so ist er stets zur ganzen Gegenleistung verpflichtet, ohne Rücksicht auf den Wert dessen, was er erhält, denn er ist nach § 324 zu derselben auch verpflichtet, wenn er gar nichts erhält.

b. In der gleichen Lage befindet sich der Beklagte, wenn der Kläger bei von Jenem zu vertretender Unmöglichkeit nach § 325 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, er kann die Gegenleistung des Klägers durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

erzwingen, natürlich trifft dies nicht zu, wenn der Kläger seinen Schadensanspruch gegen die ihm obliegende Leistung aufrechnet und nur den Ueberschuss fordert.[5])

2. Wird die Leistung des Klägers unmöglich, so hat der Beklagte die entsprechenden Rechte auf Herausgabe des Ersatzes bezüglich Ersatzanspruchs und im Fall der vom Kläger zu vertretenden Unmöglichkeit den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Diese Rechte kann er einredeweise gegen die Klage mit den entsprechenden Wirkungen auf seine Leistung geltend machen, welche im Falle 1 die Einrede auf die Leistung des Klägers hatte. Macht der Beklagte von diesen Rechten keinen Gebrauch, wählt auch nicht im Falle der vom Kläger zu vertretenden Unmöglichkeit das ihm durch § 325 gewährte Rücktrittsrecht, so ist zu unterscheiden.

a. Der Beklagte hat die Unmöglichkeit zu vertreten, dann steht ihm die Einrede nicht zu, denn der Kläger ist nach § 275 von der Verpflichtung zur Leistung frei geworden, hat aber nach § 324 den Anspruch auf die Gegenleistung behalten, das Schuldverhältnis besteht als einseitiges weiter.

b. Hat der Beklagte die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, so verliert der Kläger nach § 323 Abs. 1, 325 Abs. 1 Satz 3 den Anspruch auf die Gegenleistung. Es liegt die Auffassung nahe, dass der Beklagte dies zur Geltung bringe, indem er seine Leistung verweigere, also durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, und in der That wird zuweilen von einredeweiser Verweigerung der Gegenleistung gesprochen.[6]) Allerdings wird der Beklagte sich sehr häufig dahin erklären, dass er die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorschützen wolle, besonders in denjenigen Fällen,

[5]) Oertmann S. 72 § 325 Anm. 1a.

[6]) Kuhlenbeck Bd. I S. 226 § 325 Anm. 1c; Weyl Bd. I S. 359 Anm. 2.

in welchen es ihm unbekannt geblieben ist, dass die Leistung des Klägers unmöglich wurde, es ist auch sehr wohl möglich, dass eine Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug erfolgt, und dass die Unmöglichkeit der Leistung des Klägers erst darin wirksam wird, dass sie die Zwangsvollstreckung vereitelt. Aber der Beklagte ist, um von seiner Leistung freizukommen, nicht auf die Einrede angewiesen, er wird durch das Unmöglichwerden der klägerischen Leistung von der Gegenleistung von Rechtswegen frei, der Vertrag löst sich auf.[7]) Dies hat im Gesetz unzweideutigen Ausdruck gefunden, wie eine Vergleichung des § 323 mit den §§ 320/322 ergiebt. Nach § 320 kann der Beklagte seine Leistung verweigern, nach § 323 verliert der Kläger den Anspruch auf die Gegenleistung; in § 322 wird von der Klage auf die geschuldete Leistung gesprochen, nach § 323 Abs. 3 dagegen darf der nach dem Wortlaut des Vertrages Verpflichtete, wenn er bereits geleistet hatte, seine Leistung zurückfordern, weil sie nicht geschuldet ist. Es ist hiernach keine Einrede des Beklagten erforderlich, nicht einmal eine Erklärung desselben, zurückzutreten, denn rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen muss der Richter auch berücksichtigen, wenn sie ihm aus dem Vorbringen des Klägers bekannt sind, so dass es nur, wenn dies nicht der Fall ist, einer Einwendung, nicht einer Einrede[8]) des Beklagten bedarf.

Diese Auflösung des Vertrages von Rechtswegen ist nur noch bis zum Urteil in der Schwebe, da der Beklagte noch die oben besprochenen Ersatzansprüche geltend machen kann, und dann für den dem Wert

---

[7]) Motive Bd. II S. 207; Oertmann S. 70 § 323 Anm. 5. Landé S. 88 § 323 Anm. 4. Gegen die Einreihung eines derartigen Vorbringens des Beklagten unter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages insbesondere auch Regelsberger S. 262 und S. 266.

[8]) Motive Bd. I S. 360.

derselben entsprechenden Teil seiner Leistung verpflichtet bleibt.[9])

3. Teilweise Unmöglichkeit ist nicht, wie nach § 139 angenommen werden müsste, der völligen Unmöglichkeit im Zweifel gleichgestellt, sondern es treten nach § 323 die entwickelten Regeln nur für den unmöglich gewordenen Teil und den ihm entsprechenden Teil der Gegenleistung ein. Für den möglich gebliebenen Rest und denjenigen Teil der Gegenleistung, welcher sich zur ganzen Gegenleistung verhält, wie der Wert des Restes zum Wert der ganzen ursprünglich geschuldeten Leistung, besteht der gegenseitige Vertrag mit seinen gewöhnlichen Wirkungen weiter, also auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.[10])

Eine Ausnahme hiervon ist durch § 325 Abs. 1 Satz 2 geschaffen. Hat nämlich der Verpflichtete selbst den die teilweise Unmöglichkeit herbeiführenden Umstand zu vertreten, so ist seinem Gegner, sofern für ihn die teilweise Erfüllung kein Interesse mehr hat, das Recht gewährt, die teilweise Unmöglichkeit als eine völlige zu behandeln und einheitlich für den ganzen Vertrag die ihm für diesen Fall gewährten Rechte auszuüben.

Für die Frage, inwieweit die eine Leistung unmöglich geworden ist, inwieweit der Vertrag fortbesteht und mit ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, ist der zur Gegenleistung Verpflichtete beweispflichtig, ebenso wie er die Unmöglichkeit überhaupt beweisen muss, denn er stützt Rechte darauf. Hierüber besteht kein Streit,[11]) ungewiss ist nur, ob er

---

[9]) Oertmann S. 71 § 323 Anm. 6.

[10]) Mit Recht hebt jedoch Dernburg Bürgerl. Recht 2. Aufl. II. S. 208 hervor, dass die teilweise Leistung objektiv noch einen Wert haben müsse, sonst liege völlige Unmöglichkeit vor. Ebenso Regelsberger S. 267.

[11]) Planck 2. Aufl. II. Buch S. 98 § 323 Anm. 3; Neumann S. 166 § 323 Anm. 2b; Oertmann S. 71 § 323 Anm. 8.

auch den Betrag der Minderung der Gegenleistung zu beweisen hat.[12]) Mit Recht zieht hier Planck das Beispiel der Zahlungseinrede heran. Wie der Schuldner nicht nur beweisen muss, dass etwas angezahlt sei, sondern auch, wie viel, so muss auch der Verpflichtete, welcher sich auf teilweise Unmöglichkeit der Leistung seines Gegners beruft, beweisen, welcher Betrag seiner Gegenleistung durch diese Unmöglichkeit getilgt ist. Der Berechtigte hatte ursprünglich Anspruch auf die ganze Gegenleistung, dieser Anspruch ist zwar von Rechtswegen gemindert, aber nur, weil ein bestimmtes Missverhältniss zwischen der ursprünglichen Leistung des Berechtigten und dem noch möglichen Teil derselben besteht. Dies Missverhältnis ist Voraussetzung der Minderung, es ist deshalb von demjenigen zu beweisen, der sich darauf beruft; es ist aber zugleich auch der Massstab für diese Minderung, mit demselben ist also zugleich auch ihr Betrag bewiesen.

IV. Einzelnes.

§ 17.

1. Keine peremtorische Wirkung.

Fasst man die Ergebnisse dieses Abschnitts zusammen, so muss man sagen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch abgesehen von dem Fall, dass wegen der Vorleistungspflicht des Klägers der Beklagte zur Zeit noch nicht schuldet, und deshalb durch die Einrede Abweisung angebrachtermassen erwirkt, die Einrede stets dieselbe Wirkung hat, nämlich Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug.

Eine peremtorische Wirkung der Einrede kennt das Gesetz nicht; im Falle der Unmöglichkeit der Leistung können andere Leistungen an deren Stelle treten, und es kann dann die Einrede mit den gewöhnlichen Wirkungen vorgeschützt werden, ist dies

[12]) Dagegen Neumann a. a. O.

aber nicht der Fall, so giebt es wegen der Unmöglichkeit keine Einrede mit peremtorischer Wirkung, sondern eine vom Richter von Amtswegen zu berücksichtigende Auflösung des Vertrages tritt ein, entweder der Verpflichtete wird frei, (§§ 324, 275) oder er verliert seinen Gegenanspruch, (§ 325 Abs. 1 Satz 3) oder es treten beide Wirkungen zugleich ein (§§ 323, 275).

Auch die Fassung des Gesetzes deutet nicht auf eine peremtorische Einrede hin.[1]) Die zweite Kommission hat bei Beratung der Verjährungseinrede, die ja allerdings zerstörend wirkt, festgestellt,[2]) dass nach der Sprachweise des Entwurfs „die materiellrechtliche Einrede als das dem Verpflichteten zustehende Recht, die Leistung zu verweigern" bezeichnet werde. Durch nichts aber wird man dazu genöthigt, anzunehmen, dass die II. Kommission hier ausschliesslich von den zerstörenden materiellrechtlichen Einreden sprechen wollte, denn die Erörterung ist durchaus allgemein gehalten. Vielmehr hebt der Ausdruck „er kann seine Leistung verweigern", nur hervor, dass dem Beklagten eine materiellrechtliche Einrede zustehe, ohne dass damit eine Entscheidung darüber gegeben werden sollte, ob dieselbe im betreffenden Falle verzögernd oder zerstörend wirke.[3])[4])

Hierdurch erledigt sich für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches schon ein Teil der für das gemeine Recht gegen die bedingte Verurteilung geltend gemachten Bedenken.[5]) Wenn André nämlich hervorhebt, dass von einer bedingten Verurteilung überall

[1]) So: Endemann 4. Aufl. Bd. I S. 533 § 124 Anm. 4.

[2]) Protocolle Bd. I S. 233.

[3]) Planck 2. Aufl. I. Buch S. 49.

[4]) Als Beispiel diene §§ 2014 ff. Hier sind dem Erben mehrere Einreden mit den Worten „er kann verweigern" gewährt, dieselben sind aber nach der diese Fälle zusammenfassenden Ueberschrift sämmtlich aufschiebende Einreden.

[5]) André S. 130.

da nicht wohl die Rede sein könne, wo die Leistung des Klägers in der Vergangenheit zu geschehen hatte, und nicht nachgeholt werden kann, so ist das zweifellos richtig, aber nicht, weil die Einrede hier peremtorisch wirkt,[6]) sondern weil die Leistung des Klägers unmöglich ist, und deswegen die Einrede gar nicht Platz greift.

Auch die sonstigen Bedenken Andrés gegen die Zweckmässigkeit der bedingten Verurteilung sind für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr durchschlagend. Wenn er anführt, dass der Kläger, der seinerseits leistete, oft gar keine bedingte Verurteilung für den Fall wünschte, dass seine Leistung nicht vertragsmässig gewesen sein sollte, so mag dies richtig sein, aber die Einrede ist zu Gunsten des Beklagten geschaffen, der Kläger, welcher seinen Pflichten nicht voll nachkam, muss sich ihr Vorschützen gefallen lassen, auch wenn ihre Wirkung seinen Interessen nicht entspricht.

Widerspricht dagegen die bedingte Verurteilung den Interessen des Beklagten, so hat er es selbst verschuldet, wenn es zu einer solchen Verurteilung kommt, denn das Bürgerliche Gesetzbuch gewährt ihm, ganz abgesehen davon, dass er die Möglichkeit hat, bereits früher seinerseits zu klagen, auch noch einen Weg vom Vertrage freizukommen, er darf nur nicht thatlos der Entwicklung der Dinge zusehen, sondern muss seinen Gegner in Lieferungsverzug versetzen. Dieser Weg wird im allgemeinen nur dann praktisch sein, wenn der Gegner vorleistungspflichtig ist, denkbar aber ist er auch in sonstigen Fällen, indem man nämlich selbst leistet bezüglich bei Annahmeverzug seines Gegners die zu leistende Sache hinterlegt und diesen dann mahnt. Dann kann man nach § 326 seinem Gegner eine angemessene Frist setzen zur Be-

[6]) André S. 163.

wirkung der Leistung mit der Erklärung, dass man später deren Annahme ablehne, und nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann man dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder vom Vertrage zurücktreten. Nicht einmal der Setzung einer Frist bedarf es nach § 326 Abs. 2 für denjenigen, für welchen die Erfüllung kein Interesse mehr hat, freilich belastet er sich dann mit dem Beweise hierfür, sofern es sich nicht um ein Fixgeschäft handelt, denn bei einem solchen ist der Berechtigte nach § 361 im Zweifel zum Rücktritt befugt, wenn die Leistung nicht in der bestimmten Frist oder zur bestimmten Zeit erfolgt, ohne dass es des Nachweises eines Interesses bedarf.

§ 18.

2. Wirkung bei Verträgen zu Gunsten Dritter.

Bei Verträgen zu Gunsten Dritter ist die Wirkung der Einrede mangels besonderer Vorschriften keine andere, als im Regelfalle,[1]) klagt der Dritte, so wird er nicht zur Zeit mit seiner Klage abgewiesen, sondern sein die Einrede vorschützender Gegner wird zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt.[2]) Da der Verurteilte ja hierdurch keinen Vollstreckungstitel erhält,[3]) so kann der zur Gegenleistung nicht verpflichtete Dritte durch die Fassung des Urteils nicht benachteiligt werden; wohl aber kann er aus derselben Vorteil ziehen, denn er kann aus dem Urteil jederzeit Zwangsvollstreckung betreiben, sofern er die Gegenleistung selber vorzunehmen vermag, kann er dies nicht, so hängt die Möglichkeit, die ihm geschuldete Leistung zu erhalten, aller-

[1]) Es ergiebt sich dies aus der Vorschrift des § 334 des B. G. B. Matthiass § 87 S. 361; Hellwig S. 269/270.

[2]) Planck 2. Aufl. II. Buch S. 112 § 334 Anm. 2; Hellwig S. 281.

[3]) Oben § 14.

dings im Wesentlichen vom guten Willen des zur Gegenleistung verpflichteten Versprechensempfängers ab.

§ 19.

3. Kann die Einrede verjähren?

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nur eine Verjährung der Ansprüche und versteht dabei unter Anspruch nach § 194 „das Recht, von einem Andern ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen.“ Das Schweigen des Gesetzes an dieser Stelle über die Einreden erklären die Motive im allgemeinen im Anschlusse an die von Windscheid für das gemeine Recht vertretene Ansicht dahin, dass Einreden als solche nicht Gegenstand der Verjährung sind, ihr Verlust tritt nur dadurch ein dass das Recht, auf welches die Einrede gegründet wird, der Verjährung unterworfen und bereits verjährt ist, wenn die Einrede geltend gemacht wird. Soweit daher die Einreden eine selbstständige Bedeutung haben, verjähren sie überhaupt nicht.[1])

Ein Eingehen jedoch sowohl auf die gemeinrechtlichen Streitfragen über die Verjährung der Einreden,[2]) als auch auf die Tragweite der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches im einzelnen würde hier zu weit führen, es soll vielmehr nur die Frage besprochen werden, ob die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verjährt. Dies wird für das gemeine Recht durchweg verneint,[3]) und die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch kommen zu dem gleichen Resultat,[1]) sie führen als Beispiel für Einreden, denen eine selbstständige Bedeutung zukommt, unter andern den § 364 an. Dieser Paragraph des I. Entwurfes entspricht inhaltlich durchaus dem § 320 Abs. 1 Satz 1 des

[1]) Motive Bd. I S. 291/293.

[2]) Windscheid 7. Aufl. Bd. I S. 320 § 112; Dernburg 3. Aufl Bd. I. S. 352 § 150.

[3]) André S. 133.

Bürgerlichen Gesetzbuches, beide gewähren dem aus einem gegenseitigen Vertrage Beklagten für den Regelfall das Recht, seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, also die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorzuschützen.

Eine Prüfung der Einrede ergiebt, dass ihr in der That eine selbstständige Bedeutung zukommt. Der Beklagte macht nicht einen Anspruch auf die Gegenleistung geltend, sondern er beruft sich lediglich darauf, dass der Klage ein gegenseitiger Vertrag zu Grunde liegt. Dies zeigt sich in dem Erfolg seiner Einrede, er erhält nicht etwa Befriedigung seines Anspruchs, sondern es wird nur dem Kläger Befriedigung vor Bewirkung der Gegenleistung versagt. Es ergiebt sich hieraus, dass die Einrede sich nicht auf den Anspruch des Beklagten gründet, sondern neben demselben steht, gleich ihm eine selbstständige Folge des gegenseitigen Vertrages.[4])

Von Bedeutung kann dieser Umstand werden bei Vorleistungspflicht des Klägers. Ist er derselben die Verjährungszeit hindurch nicht nachgekommen, und klagt sodann die Gegenleistung ein, so kann der Beklagte die Einrede mit Erfolg vorschützen, obgleich sein Anspruch auf die Vorleistung verjährt ist, und damit den Kläger vor die Alternative stellen, entweder auf den eingeklagten Anspruch zu verzichten, oder auch den verjährten Gegenanspruch zu befriedigen.

[4]) Auf einem Versehen müssen die Ausführungen von Landé S. 49 § 194 Anm. 2 beruhen. Derselbe zitirt fast wörtlich Sätze aus den Motiven Bd. I S. 291, kommt aber durch Auslassungen zu folgenden Schlüssen:

a. Gerade den auf einen der Verjährung unterworfenen Anspruch gegründeten Einreden kommt selbstständige Bedeutung zu.

b. Zu diesen Einreden gehört diejenige des § 320.

c. Diese Einreden sind verjährbar.

§ 20.

4. Einfluss der Einrede auf die Verjährung

1. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hemmt obenso wie nach gemeinen Recht[1]) die Verjährung eines Anspruchs nicht. Sie gehört zu den in § 202 Abs. 2 aufgeführten Ausnahmen von der zur Entscheidung der Streitfrage des gemeinen Rechts im Abs. 1 aufgestellten Regel, dass vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigende, also verzögernde, nicht zerstörende,[2]) Einreden die Verjährung hemmen.

2. Die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages unterbricht nicht die Verjährung des Anspruchs des Beklagten. Dies folgt einmal daraus, dass überhaupt, abgesehen von der Kompensationseinrede (§ 209 Nr. 3) die Einreden nicht zu den Unterbrechungsgründen der Verjährung gehören, denn sie sind bei der Aufzählung derselben in §§ 203 ff nicht mit angeführt.[3]) Zweitens aber folgt dies schon daraus, dass durch diese Einrede der Anspruch des Beklagten auf die Gegenleistung gar nicht geltend gemacht wird, also eine Einwirkung auf denselben unmöglich ist.

§ 21.

5. Processuale Folgen.

1. Wird die Einrede im Urkundenprocesse vorgeschützt, so läuft der Beklagte nicht Gefahr, dass dieselbe nach § 561 der alten, § 598 der neuen Civilprocessordnung als im Urkundenprocesse unstatthaft zurückgewiesen werde, weil der Beweis nicht mit den zulässigen Beweismitteln angetreten oder vollständig geführt ist, denn ihn trifft die Beweislast ja nicht.[1])

---

[1]) Windscheid 7. Aufl. Bd. I S. 312 § 109; Dernburg 3. Aufl. Bd. I S. 344 § 146.

[2]) Endemann 3. Aufl. Bd. I S. 390 § 91.

[3]) Kuhlenbeck Bd. I S. 140 § 209 Anm. 4; Neumann S. 114 § 209 Anm. 1.

[1]) Stammler S. 98 Anm. 2.

Man kann der Einrede im Urkundenprocess besonders geartete Wirkungen überhaupt nicht zuschreiben, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, das Ansprüche auf Erfüllung Zug um Zug sich für den Urkundenprocess eignen, vertritt man dagegen die entgegengesetzte Ansicht,[2]) so kann die Einrede auf die Zulässigkeit des Urkundenprocesses von Einfluss sein. Es muss dann der Kläger, um im Urkundenprocesse obzusiegen, den Nachweis geschehener Erfüllung führen. Freilich ist er nicht auf den Nachweis durch Urkunden beschränkt, denn die Thatsache geschehener Erfüllung gehört nicht zur Begründung seines Anspruches,[3]) sondern er kann nach § 558 Abs. 2 der alten, § 595 Abs. 2 der neuen Civilprocessordnung diesen Beweis auch durch Eideszuschiebung führen,[4]) will aber oder kann er dies nicht, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als nach § 559 der alten, § 596 der neuen Civilprocessordnung vom Urkundenprocess in der Weise abzustehen, dass der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt, um einer Abweisung der Klage als in der gewählten Processart unstatthaft zu entgehen.

2. Kurz zu besprechen sind ferner die von André S. 133 angeführten processualen Folgen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. André stellt folgende Sätze auf:

a. „Die Einrede muss, wenn sie vorgeschützt wird, „in dem über die Hauptsache eröffneten Rechts„streit erledigt werden; eine Verweisung zur Ver„handlung in einem besonderen Processe ist un„zulässig. § 136 Abs. 2 der Civilprocessordnung „leidet keine Anwendung."

b. „Der mit der Einrede des nicht erfüllten Vertra„ges geltend gemachte Anspruch ist keiner rechts-

[2]) Seuffert 7. Aufl. S. 732 § 555 Anm. 1.
[3]) Oben § 3.
[4]) Seuffert a. a. O. Anm. 3.

„kräftigen Entscheidung fähig, § 293 Abs. 2 der „Civilprocessordnung."

c. „Die Einrede kann entgegen denjenigen Einreden, „welche einen selbstständigen Anspruch geltend „machen, auch noch in der Berufungsinstanz vor- „geschützt werden."

Die für die Entscheidung der vorliegenden Fragen in Betracht kommenden Vorschriften der Civilprocessordnung sind sämmtlich durch die Novelle zur Civilprocessordnung vom 17. Mai 1898 geändert, und zwar in einer Weise, dass die Richtigkeit der André'schen Sätze aus ihnen ohne weiteres erhellt.

a. Der § 136 Abs. 2 der alten Civilprocessordnung gestattet Gegenforderungen des Beklagten, die mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhang standen, zur Verhandlung in getrennten Processen zu verweisen. Zweifelhaft kann sein, ob hier unter Gegenforderungen auch die zur Frage stehende Einrede zu verstehen sei. Dieser Zweifel ist durch den dem § 136 entsprechenden § 145 der neuen Civilprocessordnung abgeschnitten, indem in Absatz 2 und 3 desselben nur von Geltendmachung einer Gegenforderung durch Widerklage oder Aufrechnung, nicht von dem Vorbringen von Gegenforderungen schlechthin, wie in dem alten § 136 Abs. 2 die Rede ist.

b. Nach § 293 Abs. 2 der alten Civilprocessordnung kann streitig sein, ob man auch mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages eine der Rechtskraft fähige Gegenforderung geltend machen könne; nach dem entsprechenden § 322 Abs. 2 der neuen Civilprocessordnung ist die Verneinung dieser Frage sicher, denn derselbe spricht ausdrücklich nur von der Geltendmachung einer Aufrechnungseinrede.

c. Nach § 491 Abs. 2 der alten, § 529 Abs. 2, 3 der neuen Civilprocessordnung ist es in der Regel unzulässig, in der Berufungsinstanz neue Ansprüche geltend zu machen. Durch die Einrede des nicht erfüll-

ten Vertrages wird aber weder im materiellen, noch im processualen Sinne ein Anspruch geltend gemacht, denn im Sinne des materiellen Rechts ist nach § 194 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Anspruch das Recht zu verstehen, von einem Andern ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen, im Sinne der Civilprocessordnung aber kann unter Anspruch nur etwas verstanden werden, worüber rechtskräftig entschieden werden kann.[5]) Rechtskraftwirkungen kann aber nach § 322 der neuen Civilprocessordnung ein Urteil nur haben hinsichtlich der durch Klage oder Widerklage und in gewissem Umfange hinsichtlich der aufrechnungsweise geltend gemachten Ansprüche.

E. Die Zurückbehaltungseinrede und ihr Verhältnis zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

§ 22.

Zulässigkeit der Zurückbehaltungseinrede.

Das gegebene Thema nennt die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ein Zurückbehaltungsrecht, es ist deshalb noch kurz auf das Wesen und die Wirkungen des vom Bürgerlichen Gesetzbuch mit diesem Namen bezeichneten Rechtes einzugehen, welches sich von dem in den §§ 313 ff des alten, §§ 369 ff des neuen Handelsgesetzbuches geregelten kaufmännischen Retentionsrecht durchaus unterscheidet.

Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches wird durch § 273 entsprechend der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts[1]) in zwei Fällen gegeben.

a. Einmal steht es nach Absatz 1 jedem Verpflichteten zu, der aus demselben rechtlichen Verhältnis einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat.

[5]) André S. 133 ff.

[1]) Protocolle Bd. I S. 311.

b. Zweitens kann es nach Absatz 2 von dem zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichteten geltend gemacht werden, dem ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht. Auf demselben rechtlichen Verhältnis brauchen in diesem Falle die beiden Ansprüche nicht zu beruhen.[2])

Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts sind also Fälligkeit des Gegenanspruchs und eine gewisse rechtliche Beziehung zwischen den beiden Ansprüchen. Nicht erforderlich ist nach dem Gesetz Liquidität und Gleichartigkeit des Gegenanspruchs.

Die Prüfung der Frage, ob im einzelnen Falle die Zurückbehaltungseinrede begründet ist, ob also die Erfordernisse der Fälligkeit und der Konnexität vorliegen, hat der Richter in Anwendung des das ganze Rechtsleben beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben vorzunehmen, er muss prüfen, sowohl ob der Gläubiger gegen Treu und Glauben verstösst, wenn er unter Nichtachtung des gegnerischen Rechts die ihm gebührende Leistung fordert, als auch, ob der Schuldner dagegen verstösst, wenn er die dem Gläubiger gebührende Leistung zurückhält. Ist Letzteres zu verneinen und Ersteres zu bejahen nach den Anschauungen des Verkehrs, so ist die Beziehung zwischen den beiden Ansprüchen eine derartige, dass Konnexität derselben anzunehmen ist.[3])

Seiner rechtlichen Natur nach ist das Zurückbehaltungsrecht ebenso wie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages eine materiellrechtliche Einrede, dem Schuldner wird durch §§ 273/274 das ausdrücklicher Geltendmachung bedürfende Recht gegeben, gegenüber der Klage seine Leistung zu verweigern.

Das Anwendungsgebiet der Zurückbehaltungsein-

[2]) Planck 2. Aufl. II. Buch S. 45 §. 273 Anm. 1b.

[3]) Endemann 4. Aufl· Bd. I S. 540 § 125; Oertmann S. 33 § 273 Anm. 1; Planck 2. Aufl. II Buch S. 44 § 273 Anm. 1a.

rede ist ein weites, denn die Vorschrift ist ganz allgemein gefasst, das Recht steht deshalb dem Schuldner, wenn das Gesetz es auch ein Zurückbehaltungsrecht nennt, nicht nur in denjenigen Fällen zu, in welchen er eine fremde Sache oder ein fremdes Recht herauszugeben hat, oder verpflichtet ist, seine eigene in seinen Händen befindliche Sache zu leisten oder sein Recht zu verschaffen, sondern auch dann, wenn seine Leistungspflicht sich auf etwas noch nicht Vorhandenes erstreckt, insbesondere, wenn er eine Handlung vorzunehmen, zu dulden oder zu unterlassen hat.[4])

Die Zurückbehaltungseinrede kann vorkommen:[5])

a. Bei gegenseitigen Verträgen. Zwar ist hier regelmässig die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegeben, eine Zurückbehaltungseinrede ist aber in denjenigen Fällen denkbar, in welchen erstere Einrede versagt ist. So kann der Käufer einer species zur Erzwingung der ihm wegen mangelhafter Erfüllung durch § 462 gewährten Rechte auf Wandelung und Minderung der Klage des Verkäufers sein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen.[6])

b. Bei unvollkommen zweiseitigen Verträgen, denn auch bei diesen, z. B. beim Auftrage, beruht der etwaige Gegenanspruch des in erster Linie Verpflichteten auf demselben rechtlichen Verhältnis, wie seine Verpflichtung.

c. Wenn die beiden Verpflichtungen gar nicht auf einem Vertrage beruhen, sofern sie nur entweder aus demselben rechtlichen Verhältnis entstehen, wie es bei den Verwendungsansprüchen des Geschäftsführers ohne Auftrag und den Ansprüchen des Geschäftsherrn gegen ihn der Fall ist, oder wenn, ohne dass ein beiden Ansprüchen zu Grunde liegendes rechtliches Verhältnis

[4]) Kuhlenbeck Bd. I S. 187 § 273 Anm. 1; Oertmann a. a. O. Anm. 3; Dernburg Bürgerl. Recht II S. 123.

[5]) Planck a. a. O. Anm. 1; Oertmann a. a. O. Anm. 1.

[6]) Neumann S. 164 § 320 Anm. 2.

besteht, der Beklagte einen Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder Schadenzufügung durch denselben hat. Hier ist besonders der Fall der §§ 1000 ff hervorzuheben, wonach dem Besitzer einer Sache die Einrede gewährt wird zur Geltendmachung seiner Ansprüche wegen Aufwendungen gegenüber der Eigentumsklage.

Ausdrücklich versagt ist die Zurückbehaltungseinrede in folgenden Fällen:

a. Nach § 175 steht sie dem Bevollmächtigten nach dem Erlöschen der Vollmacht an der Vollmachtsurkunde nicht zu.

b. Nach §§ 556 Abs. 2, 580, 581 steht sie dem Mieter von Grundstücken, Wohnräumen und anderen Räumen und dem Pächter wegen ihrer Ansprüche gegen den Vermieter und Verpächter nach Beendigung des Verhältnisses nicht zu.

c. Nach § 863 ist gegenüber der Besitzklage jede petitorische Einrede, also auch die Zurückbehaltungseinrede unzulässig.

d. Nach § 273 Abs. 2 ist sie dem zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichteten versagt, welcher den betreffenden Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung an sich brachte.

Abgesehen von diesen Ausnahmen ist noch in jedem Falle nach § 273 Abs. 1 zu untersuchen, ob nicht aus dem Schuldverhältnisse sich die Unzulässigkeit der Zurückbehaltungseinrede ergiebt.

§ 23.

II. Unterschiede der beiden Einreden.

Abgesehen von der bereits besprochenen Verschiedenheit des Anwendungsgebiets bestehen hauptsächlich folgende Unterschiede zwischen den beiden Einreden:

1. Was zunächst die Beweislast angeht, so stellt sich diese bei der Zurückbehaltungseinrede etwas un-

günstiger für den Beklagten, denn es folgt das Bestehen einer Leistungspflicht des Klägers nicht ohne weiteres aus dem rechtlichen Verhältnis, auf welchem die Pflicht des Beklagten beruht, wie eine solche bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus der Natur dieses Vertrages folgt, deshalb liegt der Beweis ihres Bestehens sowohl, wie der Konnexität beider Ansprüche dem Beklagten ob. Derselbe muss aber ferner auch noch beweisen, dass sein Anspruch fällig sei, denn die Regel, dass im Zweifel Zug um Zug zu leisten sei, hat nur bei gegenseitigen Verträgen Geltung. Hiermit hat er die Voraussetzungen seiner Zurückbehaltungseinrede nachgewiesen, behauptet dann der Kläger, er habe den Gegenanspruch bereits erfüllt, so muss er dies ebenso, wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nachweisen, denn es ist stets Sache des Schuldners, den Nachweis geschehener Erfüllung zu führen.[1])

2. Die Wirkungen der beiden Einreden scheinen auf den ersten Blick völlig gleichartig zu sein, die Folge des Vorschützens derselben ist Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug, und die Folge dieses Urteils ist Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung Zug um Zug, bei Annahmeverzug des Schuldners aber ohne Rücksicht auf dessen Gegenanspruch (§§ 274 Abs. 2, 322 Abs. 3.)

a. Der wichtigste Unterschied in der Wirkung beider Einreden ist durch ihre Zweckbestimmung begründet. Das Zurückbehaltungsrecht gewährt dem Beklagten nur die Befugnis, die in seinen Händen befindliche Leistung als Sicherheit dafür zurückzuhalten, dass sein Gegner sich seiner Leistungspflicht nicht entziehen werde,[2]) nur sichern will ihn das Recht, nicht aber

[1]) Cosack, Bd. I S. 303 § 86 stellt diese Sätze nur für die unvollkommenen zweiseitigen Schuldverhältnisse auf, dieselben gelten aber aus den gleichen Gründen für alle Fälle der Zurückbehaltungseinrede.

[2]) Cosack a. a. O. S. 304; Schreier S. 10.

ihm ein Zwangsmittel gegen den Kläger an die Hand geben, wie dem aus einem gegenseitigen Vertrage Beklagten, welcher mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages seine Leistung von gleichzeitiger Leistung des vertragsmässigen Aequivalents abhängig machen darf. Der Zurückbehaltungsberechtigte muss es sich deshalb gefallen lassen, dass ihm vom Gläubiger anderweite gleichwertige Sicherheit für seinen Anspruch gegeben werde (§ 273 Abs. 3). Als gleichwertig sieht aber das Gesetz, da der Beklagte vorher Realsicherheit hatte, die Sicherheitsleistung durch Bürgen nicht an.[3])

Die Bestimmung lässt, da sie dem Grundsatze des § 322 Abs. 2, dass in Ermangelung anderer genügender Sicherheit Stellung tauglicher Bürgen zulässig sei, widerspricht, eine ausdehnende Interpretation nicht zu. Insbesondere dürfte Anwendung auf den einzigen Fall, in welchem die Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch Sicherheitsleistung abgewandt werden kann, nämlich den Fall des § 321,[4]) als unzulässig erscheinen.[5])

b. Die Zurückbehaltungseinrede hat die Fälligkeit beider Leistungen zur Voraussetzung und bewirkt deshalb Verurteilung zur Leistung Zug um Zug. Sollten ausserhalb des Anwendungsgebiets der Einrede des nicht erfüllten Vertrages Fälle vorkommen, in welchen ein Teil vorzuleisten hat und der andere Teil die Einrede geltend zu machen befugt ist, so wäre die Zurückbehaltungseinrede unanwendbar und eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Vorleistungspflicht bei gegenseitigen Verträgen notwendig. Insbesondere könnte dann der Vorleistungspflichtige ent-

---

[3]) Motive Bd. II S. 44; Planck 2. Aufl. II. Buch S. 45 § 273 Anm. 2.

[4]) Oben § 9.

[5]) Planck 2. Aufl. II. Buch S. 95 § 321 Anm.

sprechend dem § 322 Abs. 2 auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen.[6])

c. Die Zurückbehaltungseinrede hat nur eine obligatorische Wirkung,[7]) gegen Dritte kann sie nicht ausgeübt werden. Dies ist von besonderer praktischer Bedeutung im Konkurse desjenigen, dem das Zurückbehaltungsrecht entgegensteht, denn es kann demgemäss dem Konkursverwalter, soweit nicht der zu Grunde liegende Anspruch aufrechnungsweise geltend gemacht werden kann, nur dann entgegengesetzt werden, wenn es sich um Zurückbehaltung einer Sache handelt, zu deren Nutzen der zur Herausgabe Verpflichtete etwas verwendet hat (§ 49,3 der neuen Konkursordnung).[8])

Dagegen kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 15 der alten, § 17 der neuen Konkursordnung, dem Konkursverwalter, der Erfüllung an Stelle des Gemeinschuldners verlangt, stets entgegengesetzt werden,[9]) denn das Recht auf dieselbe wurzelt im Vertrage, es richtet sich nicht, wie das Zurückbehaltungsrecht, gegen die Person, sondern gegen die Klage aus dem Vertrage ohne Rücksicht darauf, wer dieselbe anzustellen befugt ist.

§ 24.

III. Verhältnis der beiden Einreden zu einander.

Nach einer Ansicht ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrages eine Zurückbehaltungseinrede im weiteren Sinne, mithin ein selbstständig neben dem Zurückbehaltungsrecht im engeren Sinne des § 273 stehendes Recht mit besonderen Wirkungen und Vor-

[6]) Protocolle Bd. I S. 313; Planck 2. Aufl. II. Buch S. 46 § 274 Anm. 4.

[7]) Motive Bd. II S. 41; Endemann 4. Aufl. Bd. I S. 543 § 125; Heilfron II. Buch S. 167 § 85.

[8]) Scherer S. 73 § 273 Anm. 4; Heilfron a. a. O.

[9]) Motive Bd. II S. 43; Oben § 10 No. 1.

aussetzungen,[1]) das nicht als Zurückbehaltungsrecht bezeichnet werden darf weil diese Benennung im Gesetze einen besonderen technischen Sinn hat.[2])

Nach anderer Ansicht ist sie nur der praktisch wichtigste Fall des allgemeinen Zurückbehaltungsrechts des § 273, der wegen seiner besonderen Wichtigkeit mit einzelnen abweichenden Wirkungen ausgestattet ist.[3])

Eine praktische Bedeutung dürfte dieser Unterscheidung kaum beizumessen sein; als die richtige Auffassung aber muss die zweite bezeichnet werden, weil nicht nur in den wichtigsten Punkten beide Einreden die gleichen Wirkungen hervorrufen, sondern auch der § 273 nach Wort und Sinn das ganze Anwendungsgebiet der Einrede des nicht erfüllten Vertrages mit umfasst, das Zurückbehaltungsrecht also als der weitere Begriff, letztere Einrede als ein Teil desselben erscheint.

---

[1]) Motive Bd. II S. 42; Kuhlenbeck Bd. I S. 187 § 273 Anm. 4; Scherer S. 74 § 273 Anm. 7a; Endemann 4. Aufl. Bd. I S. 539 § 125; Cosack Bd. I S. 303 § 86; Dernburg Bürgerliches Recht II S. 203.

[2]) Kuhlenbeck Bd. I S. 220 § 320 Anm. 1.

[3]) Planck 2. Aufl. II. Buch S. 44 § 273 Anm. 1a; Oertmann S. 32 § 273 Anm. 1a; Stammler S. 102; Otto S. 672; Bunsen Bd. I S. 165; Hellwig S. 281.